REVUE HISTORIQUE

DE

DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER

PUBLIÉE SOUS LA DIRECTION DE MM.

ÉD. LABOULAYE,
Membre de l'Institut,
Professeur de législation comparée au Collége de France ;

E. DE ROZIÈRE,
Ancien Professeur à l'École des Chartes ;

R. DARESTE,
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation;

C. GINOULHIAC,
Chargé du Cours d'histoire du droit à la Faculté de Toulouse.

Prix : Paris, 10 francs; — Départements et Étranger, 12 francs.

DEUXIÈME ANNÉE.

Première Livraison.

JANVIER-FÉVRIER.

MM. les Souscripteurs sont priés d'envoyer un mandat sur Paris, pour le renouvellement.

PARIS

AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE, RUE DES GRÈS, 7.

1856

SOMMAIRE DE LA PREMIÈRE LIVRAISON.

La *Revue* paraît tous les deux mois, par livraisons de cinq à six feuilles d'impression, et forme, à la fin de l'année, un beau volume in-8° de 30 à 36 feuilles.

Tout ce qui concerne les abonnements et la rédaction doit être envoyé, *franco*, à M. A. DURAND, libraire.

Il sera rendu compte de tout ouvrage dont deux exemplaires auront été déposés à l'Administration.

9.

REVUE HISTORIQUE
DE DROIT FRANÇAIS
ET ÉTRANGER.

APERÇU DE L'HISTOIRE
DU DROIT PÉNAL PORTUGAIS[1].

Le Code le plus parfait a besoin de commentaires : la loi ne doit établir que des principes généraux ; et croire qu'elle peut prévenir et résoudre toutes les difficultés qui se présentent dans l'application, c'est nourrir un espoir chimérique. Justinien, dans la présomptueuse conviction que sa réforme législative était parfaite, interdit les commentaires ; mais, malgré cette défense, l'empereur, qui avait eu pour mission d'écrire le testament du droit romain, vit se multiplier ce genre d'écrits, nés de circonstances plus impérieuses et plus puissantes que les prescriptions d'une constitution impériale. Le grand Frédéric eut la même illusion ; et Napoléon ne put réprimer un mouvement de dépit à la vue du premier commentaire sur le Code civil.

Le Code pénal portugais n'est pas exempt de ce sort ; et l'expérience le démontrera chaque jour davantage, parce que la pratique est le miroir qui réfléchit les imperfections de la loi. Le passage subit d'une législation à une autre fondée sur des principes tout différents, les difficultés que suscitera infailli-

[1] M. Jordaô a bien voulu détacher et traduire pour la *Revue* cet aperçu intéressant, qui servira de préface à la seconde édition de son *Commentario ao Codigo penal Portuguez*. La première édition, parue à Lisbonne en 1853, 4 volumes in-8°, est déjà épuisée.

(*Note de la rédaction.*)

blement l'application de cette nouvelle législation, exigeaient quelques notes explicatives. Nous nous sommes décidé à les publier, tout en reconnaissant que ce fruit imparfait de notre étude n'aurait pas vu le jour, si la Commission chargée de la rédaction du Code avait (suivant l'exemple de quelques nations étrangères [1]) rendu au pays le service d'enrichir de ses observations le projet du Code et de publier les motifs de ses dispositions. Qu'on ne s'imagine pas cependant que cette publication nous inspire la folle présomption d'éclairer les autres; loin de là, nous cherchons à nous éclairer nous-même.

Le système que nous suivons est déduit de la nature même du droit. Toute législation a un élément historique et un élément philosophique : voilà pourquoi nous avons joint au développement théorique et philosophique des principes l'ancien droit national et romain, ainsi que les dispositions des codes modernes, en vue de rendre possible la comparaison, aujourd'hui que la législation comparée est un des moyens les plus puissants d'approfondir les questions juridiques. Ce que nous pensons de la valeur du Code, au point de vue de la science, on le verra par le commentaire de chaque article : nous nous bornons seulement dans cette introduction à effleurer quelques-uns des points les plus généraux; mais nous jugeons convenable de faire précéder ces observations d'une rapide esquisse de l'histoire de la législation pénale portugaise, fragment d'un travail plus étendu, que nous avons l'intention de publier par la suite, si le courage ne nous fait pas défaut [2].

Le droit, ainsi que le genre humain, a un âge poétique, âge d'ignorance et de barbarie, où l'instinct étouffe la raison, où l'imagination domine l'intelligence, où les sensations du corps absorbent les perceptions de l'esprit. Voilà pourquoi l'état des *Lusitaniens*, avant la conquête des Romains, ne comportait pas des idées justes sur le droit pénal. Un peuple composé d'individus

[1] Dans quelques parties de l'Allemagne, ainsi que cela est arrivé en Bavière, le gouvernement a fait publier un commentaire officiel, en enjoignant aux professeurs de se renfermer exclusivement dans l'enseignement de cet ouvrage. Le commentaire en trois volumes a été publié en 1813, sous le titre de : *Anmerkungen zum Strafgesetzbücher für das Königreich Baiern, nach den Protokollen des Königlichen geheimen Raths.*

[2] Ce travail est déjà sous presse.

indépendants et isolés ne pouvait bien comprendre ce qu'est le droit de punir ; car les notions sur la formation, sur la nature et sur le but de l'Etat ne s'étaient pas encore développées chez eux, et le droit de punir dérive tout entier de cette nature et de ce but. La *vengeance privée* était le principe qui dominait alors en Portugal [1] comme corrélatif de l'idée de crime, et c'est à peine si nous voyons dans Strabon (lib. III) la *lapidation* présentée comme une peine imposée par le peuple : tous ceux qui passaient près du cadavre du criminel lui jetaient une pierre, et Bernard de Brito, moine d'Alcobaça et auteur de la *Monarchia Lusitana*, conjecture de cette coutume (liv. II, cap. III) qu'elle pourrait bien avoir donné naissance à ces monticules de pierre appelés *Fieis de Deos* ou *Montes Gaudios* qu'on voyait en quelques endroits solitaires du royaume [2]. C'est que, dans ces temps de barbarie, disait M. Rossi, les hommes sentent à peine confusément que le mal mérite le mal ; et, subjugués par les besoins immédiats, par la violence des passions et par la distinction des intérêts, ils ne voient que l'offenseur et l'offensé, et ils identifient la punition avec le droit de défense, avec la vengeance, essentiellement individuelle et brutale dans son action. La justice n'était pas encore un principe positif et social qui fît converger tous les sentiments particuliers vers un centre commun ; c'était une disposition particulière du cœur, c'était un rapport d'homme à homme.

La domination des Romains en Portugal (206 A. C.) mit en vigueur parmi nous la législation criminelle de ce peuple, laquelle se réduisait à diverses lois spéciales, à des édits de magistrats, à des constitutions des empereurs, etc. [3].

[1] Sur les bornes de l'ancienne Lusitania, M. Coelho da Rocha, *Ensaio sobre a historia do governo e da legislaçao de Portugal* (Coimbre 1843), § 2 ; et dans le tome I des *Mém. de littérature de l'Acad. des sciences de Lisbonne*, ceux de M. Antonio Caetano do Amaral : *Sobre a forma de governo e costumes dos povos que habitaram o terreno lusitano*, etc.

[2] Coelho da Rocha, *ibid.*, § 6. — S. Roza, *Elucidario*, v° *Fieis de Deos* ; A. C. do Amaral, Mém. déjà cité ; Bluteau, *Vocabulario da lingua portuguesa*, in supplemento, v° *Monte-Gaudio*. — On fait encore mention au quinzième siècle de ces monticules dans un document de la ville de Pinhel, de 1473, où on lit : *E d'hi se forom direitos aos Fieis de Deos, que estao no caminho, onde aparta o caminho.*

[3] On peut voir le système pénal des Romains dans Ferd. Walter, *Geschichte des römischen Rechts*, etc.

Mais cette législation disparut presque tout entière dans le cinquième siècle, quand la race germanique vint ensevelir le monde romain, ce panthéisme social, où l'individu n'était qu'un instrument et ne sauvait sa personnalité qu'à force de grandeur et d'héroïsme [1].

Après la conquête des Wisigoths (ann. 409), ces aînés des peuples barbares, la *Lusitania* fut régie par le Code wisigoth, le plus parfait et le mieux coordonné du moyen âge. Ce n'est plus le principe de la vengeance *privée* qui domine exclusivement; il apparaît transformé dans la *vindicte publique* révélée par le système d'intimidation et de terreur, ou modifié par celui des *compositions* pécuniaires; quoique l'on doive remarquer que la loi même paraissait, bien que par exception, favoriser la vengeance *privée* en prescrivant parfois de remettre l'offenseur au pouvoir de l'offensé [2]. C'est une chose remarquable que cette synthèse que la loi wisigothe prétend faire de principes si divers, tandis que dans la progression historique et même philosophique du droit pénal, nous voyons les *compositions* substituées à la vengeance *privée*, et la vindicte *publique* aux compositions. Ce caractère spécial mérite d'être noté parce qu'il influa sur notre législation primitive, et il se révèle encore aujourd'hui dans les ordonnances de Philippe II (*Ordenações Philippinas*).

Cependant tout cela tenait à la position particulière des peuples du Nord qui s'établirent dans la péninsule Ibérique. Les Wisigoths, à mesure qu'ils apportaient leurs coutumes et leurs propres traditions, trouvaient établi le système pénal romain avec toute la variété de ses peines; aussi, quand la race hispano-latine, dit M. Alexandre Herculano, fut assimilée à la race germanique, et que l'on promulgua pour toute la nation un Code unique, les deux systèmes se pénétrèrent mutuellement en se détruisant en partie et en s'imprégnant aussi de quelques-unes des maximes de l'Eglise [3]. La civilisation romaine, quoique vaincue et anéantie, exerçait sur les vainqueurs une puissante influence: le barbare pouvait mépriser le Romain individuellement, mais

[1] M. Lherminier, *Philosophie du droit.*

[2] Voyez la note 391 du troisième mém. de A. Caetano do Amaral dans les *Mém. de littérat. de l'Académie des sciences de Lisbonne*, tome VI, p. 349 et suiv.

[3] Alexandre Herculano, *Historia de Portugal*, tome I.

le monde romain lui représentait dans son ensemble une certaine supériorité ; et tous les grands hommes de l'âge de la conquête, les Alaric, les Ataulphe, les Théodoric, et tant d'autres, en renversant et en foulant aux pieds la société romaine, employaient tous leurs efforts à l'imiter [1].

La pénalité tout entière était basée, comme nous l'avons déjà dit, sur le principe d'intimidation. Les peines infamantes et atroces du talion, de la mutilation, de l'arrachement des cheveux, des yeux crevés, sont répandues à pleines mains et appliquées sans proportion, sans égalité ou sans analogie, à des crimes plus ou moins graves, plus ou moins différents [2]. Est-ce parce que la vie était moins riche qu'aujourd'hui, moins remplie, moins ouverte à la sensation et par conséquent à la douleur ? Est-ce parce que de la vie à la mort il y avait une distance beaucoup moindre que dans notre siècle, après ces couches successives de vitalité que le progrès a déposées et amoncelées sur notre substance [3] ? Voilà peut-être pourquoi l'auteur de l'*Esprit des lois* n'a pas hésité à écrire dans son livre immortel ces paroles significatives, quoique exagérées : *Nous devons au Code wisigoth toutes les maximes, tous les principes, toutes les idées de l'inquisition.*

L'invasion des Arabes (ann. 714) et la dissolution de la société wisigothe n'apportèrent aucune amélioration à l'état de la pénalité. En échange de contributions, les chrétiens obtinrent le droit d'avoir des juges à eux, qui leur administraient la justice civile et criminelle selon leurs lois; cependant, la peine de mort ne pouvait être mise à exécution sans la confirmation du gouverneur ou *alvazil* maure [4]. Les peuples subju-

[1] M. Guizot.

[2] La législation pénale est contenue dans les tit. 2-5 du livre III, dans les livres VI, VII, VIII et XII de la *Lex Wisigothorum*, et dans d'autres lois dispersées dans les différents titres.

[3] M. Pelletan.

[4] C'est ce qu'on voit par le document suivant du couvent de Lorvao, pièce dont l'authenticité peut toutefois être contestée : *Alboacem Iben Mahumet, Athamar Iben Tarif, bellator fortis, vincitor Hispaniarum, dominator Caballariæ Gothorum et magnæ litis Roderici, quoniam nos constituit Allah Illelah, etc... Ego ordinavi quod Christianos de meas terras peiten dupliciter quam Mauri et de Ecclesiis per singulas XXV pesantes de bono argento : et per monasteria peiten Z pesantes, et Bispantes peiten cent pesantes.*

jugués par les Arabes se régissaient d'après le Code wisigoth et les collections de canons des conciles, et plus ou moins librement à mesure qu'ils s'affranchissaient du joug de leurs dominateurs. A cette législation vient se joindre, au commencement du onzième siècle, ce qu'on a nommé le *Foro de Leao* (ou *Léon*), publié par Alphonse V en 1020, et dont l'observation fut, en 1050, prescrite, par le concile de Coyança, en Portugal, en Gallice et dans les Asturies. Les lois pénales en formaient la partie principale ; la plupart des peines étaient pécuniaires ou commuables en argent, et constituaient une source de revenus pour le fisc. Etait-ce là un produit de la théorie des *compositions* ou seulement une mesure fiscale ? L'un et l'autre, peut-être.

Le temps qui s'écoule entre la fondation de la monarchie portugaise et les ordonnances du roi Alphonse V (*Ordonações Affonsinas*, 1449) voit d'abord le Code wisigoth dans toute sa vigueur, plus peut-être comme coutume que comme loi écrite [1]; mais les chartes (*Foraes*), faites à l'imitation des *Foros* de Léon, se généralisent. Dans ces lois particulières, appropriées aux *us et coutumes* des diverses populations, et que les rois et les seigneurs octroyaient aux communes (*concelhos*) et aux terres qui en dépendaient, on voit figurer, tout en se ressentant des idées wisigothes et de la féodalité, non-seulement les peines corporelles, y compris la mutilation et la mort [2], mais encore les peines pécuniaires

Et Christiani habeant in Colimb. suum comitem et in Goadatha alium comitem de sua gente, qui manteneat eos in bono juzgo... et isti component rixas inter illos, et non matabunt hominem sine jussu de Alcaide, seu Alvazile sarraceno... *Fuit facta karta de juzgo, era de christianis* DCCLXXII, *secundum vero annos Arabum* CXXXXVII. *Luna* XIII *dulhiia*... — Voyez Brito, *loc. cit.* liv. VII, cap. VII.

[1] Voir le mémoire de M. Jean da Cunha Neves e Carvalho : *Sobre a authoridade que em Portugal teve o Codigo Visigothico*, dans les *Mém. de l'Acad. des sciences*, tom. VI.

[2] Dans la charte d'Arganil, on prescrit aussi la peine de l'arrachement des cheveux (*descalvação*) et le bannissement au delà de la rivière (*exterminio alem do rio*); dans celle d'Ourein, la prison à la porte de la rue (*prisão a porta da rua*) et la lapidation ; dans celle de Marmellar, le bannissement hors de la ville (*exterminio para fora da villa*) et l'enterrement du criminel vif (*sepultura de homem vivo*) ; dans celle de Cintra, la flagellation, etc. Outre ces peines des chartes, nous en voyons encore d'autres établies par des lois spéciales, par exemple, celle du 7 janvier 1353, dans laquelle le roi D. Denys condamnait tout blasphémateur à avoir la langue arrachée par la gorge et à être brûlé vif.

(*calumnias* et *coimas*) [1]. Il est certain cependant que la *calumnia* ne constituait pas, comme le *wehrgeld* des Germains, la réparation intégrale du délit; elle représentait, comme le soutient M. Alexandre Herculano, une substitution ou une rémission de la satisfaction due à la société, mais non une indemnité à l'offensé, ni une expiation, ainsi que l'ont pensé généralement les écrivains [2].

La vengeance privée, qui dans les temps gothiques était presque abrogée, reparaît considérée non-seulement comme un droit, mais encore comme une obligation morale, même dans les chartes des communes : *Et sit inimicus de suis parentibus*, comme on dit dans celle de Penamacor de 1199. La célèbre loi des *revindictas e encoutos* d'Alphonse IV (inscrite dans le tit. 53, liv. V des ordonnances Alphonsines) ne permettait cependant cette vengeance qu'aux nobles et aux hommes notables (*homens bons*), et celui qui ne vengeait pas l'injure faite à ses parents passait pour déshonoré [3]. Le législateur, en restreignant ce droit aux nobles et aux notables, cherchait peut-être à combattre des idées qu'il ne pouvait heurter de front [4]; malgré cela, l'opinion l'emporta, et la coutume de *acoimar* était générale. D. Alphonse III, voulant y obvier, permit à chacun d'appeler chez

[1] Elles avaient aussi le nom de *indicias*, et dans le temps de D. Manoel elles commencèrent à être désignées par celui de peine de sang ou peine d'arme : — *As indicias, a que o Foral antigo chama vozes e coimas, e que agora se chamam Pena de sangue ou Pena de arma*, etc., dit le même roi dans la charte (*Foral*) de la commune de Mogadouro de 1512. Viterbo, *Elucidario*, v^is *Calumnia*, *coima*, et *indicias*.

[2] Outre les preuves par lesquelles l'illustre auteur de l'histoire de Portugal le démontre, voyez le document qu'il a transcrit dans la note de la page 385 du quatrième volume, c'est-à-dire la charte de *coutamento* des héritages du monastère de Sainte-Croix de Coimbre, accordée par Alphonse Ier en 1184.

[3] Delà viennent les chartes dites de pardon (*cartas de perdão*), que les parents du mort donnaient quelquefois aux meurtriers. Brandão (*Monarchia Lusitana*, liv. XV, cap. XIX) en rapporte une passée à Santarem le 4 avril 1293, par laquelle *Gomes Pires de Alvarenga* et *Etienne Annes* abdiquent à l'égard de la commune (*Concelho*) d'Elvas toute vengeance et tout mauvais vouloir qu'ils entretenaient contre elle pour la mort de leurs frères : *Todo o homisio e ma vonlade que delles tinhamos pela morte de nossos irmãos Fernão Pires e Paio Pires.*

[4] D. Alphonse II avait interdit aux nobles de venger *la mort et les offenses de leurs parents.* Viterbo, *Elucidario*, v^o *Omizio II.*

soi et sur ses terres des hommes armés pour se défendre contre les attaques de ses ennemis, sans pour cela encourir les peines des attroupements (*assuadas*) : l'autorité chercha encore à s'y opposer à l'époque de D. Alphonse IV par les lois du 17 mars 1364 et du 11 avril 1385, et sous Pierre I[er] par les chartes de sûreté (*cartas de seguro*) réclamées par les peuples aux *cortes* d'Elvas, et aussi par l'institution des refuges et asiles (*coutos e asylos*)[1], abolie depuis par la loi du 10 janvier 1692.

La réforme systématique de la législation méditée et préparée par Jean I[er] et publiée par Alphonse V en 1446, quoique élaborée sur les lois générales, sur les décisions des *cortes*, sur les us et coutumes nationaux, fut, dans la partie criminelle, principalement inspirée par le droit romain et le droit canonique[2]. Le principe de l'intimidation y paraît de nouveau dans toute sa force et dans toute sa cruauté, sans qu'on considère le but de la pénalité et la proportion qui doit exister entre le châtiment et le délit. La peine de mort cruelle et atroce, celles de la mutilation, du feu, du fouet, etc., sont appliquées à chaque pas, soit à des faits qui ne méritaient pas une aussi grande punition, soit à des crimes imaginaires, comme la sorcellerie, soit à des actes qui proprement sont des péchés et non des délits; le législateur n'ayant pas réfléchi que *si la législation a le même centre que la morale, elle n'a pas la même circonférence*[3]. L'influence de la féodalité se manifeste à l'égal de celle du droit romain et canonique dans la distinction qui est faite à chaque instant entre le noble et le vilain pour l'application de la peine et qui constitue

[1] « Nous rencontrons les asiles, disait Filangieri, dans tous les siècles où le droit de punir est exercé par tout individu. » N'est-ce pas dire qu'ils furent un moyen de s'opposer à la vengeance privée? — Sur l'institution des asiles en Portugal, voyez Mello Freire, *Institutiones juris civilis Lusitani*, liv. I, tit. 6; et sur les *coutos* dans le tome I des *Mém. de littérat. de l'Acad. des sciences de Lisbonne*, le mémoire de M. Joseph Anastase de Figueiredo.

[2] On voit l'influence du droit canonique sur la législation pénale du liv. V, des ordonnances Philippines dans les tit. I, § 5, sur l'hérésie; tit. 19 et 121 sur les concubines (*barregãas*) du clergé; tit. 20 et autres sur les délits charnels des religieux et des chrétiens avec des juives et des mauresques; tit. 42 sur les sorciers; et tit. 99 sur les blasphèmes. Sur cette influence de l'Eglise, voyez l'excellent mém. de M. João Pedro Ribeiro dans les *Mém. de littérature de l'Académie*, tome VI.

[3] Jérémie Bentham.

le honteux pivot sur lequel tournait tout notre système pénal [1].

Dans le Code de D. Emmanuel (*Ordenaçôes Manoelinas*, 1505-1521) [2], dont la division, le système et les principes sont en général les mêmes que ceux de la législation Alphonsine, il n'y eut pas d'altération à l'esprit de la pénalité, sujet du livre V.

On n'aperçoit pas non plus dans les ordonnances de Philippe II (*Ordenaçôes Philippinas,* 1603) de notables altérations dans cette partie du droit. La pénalité est modelée sur le même système, animée du même esprit; on n'oublie pas la distinction entre les peines *honnêtes* et *viles*, l'infamie, la confiscation, la mort civile et la torture [3]; seulement dans le titre 124, on inséra le nouveau règlement de la procédure criminelle dans lequel on trouve les formalités anciennes et celles du droit romain mêlées à celles du droit canonique, et aux doctrines des glossateurs et des écrivains du treizième siècle.

Au milieu de tout cela, apparaissent encore dans ce Code, comme nous l'avons déjà noté, des vestiges de la vengeance privée. Dans le tit. 38, on permet sans déguisement cette vengeance, en cas d'adultère; et dans le tit. 3, § 5, du liv. Ier, on l'approuve et on la soutient [4]; on en trouve d'autres exem-

[1] Ce sont les expressions d'un jurisconsulte portugais, M. Joâo de Sousa dos Santos Ferreira, dans la *Gazette des Tribunaux* de 1842, nº 126. — On voit par les ordonnances d'Alphonse V (liv. I, tit. 12, § 2) qu'on employait aussi la *præcipitatio* des Romains, qu'on appelait mourir par justice de Monte-mor (*morrer por justiça de Monte-mor*). — J'explique l'origine de ces expressions dans ma dissertation : *De eo quod per justitiam Montis majoris mortem pati apud nos antiquitus dicebatur.*

[2] Sur la publication des ordonnances de D. Manoel, Mello Freire, *Historia juris Lusitani*, cap. VIII, § 74, not., dit : *Quando primum prodierit Emmanuelis Codex, quinque etiam libris constans, mihi dubium omnino est.* Nous croyons qu'après les observations de M. José Anastacio de Figueiredo, *Synopsis chronologica* (Lisboa 1790), tome I, p. 251, il n'y a pas lieu aux doutes du Montesquieu portugais.

[3] L'usage de la question, qui déjà révoltait Ulpien, *Fr.* 1, § 23; Dig., *De quæstion.*, fut jugé si barbare, que les tribunaux commencèrent à la réserver pour les cas qui, étant prouvés, méritaient la mort; cela se trouve expressément déclaré dans l'*Assento da Relaçâo do Porto* du 16 août 1661. Voy., pour l'ancien état de notre jurisprudence, Ferreira, *Practica criminal*, et Pereira e Souza, *Linhas criminaes*, et *Classes dos crimes.*

[4] « Achando o homem casado sua mulher em adulterio, *licitamente poderá matar* assi a ella como o adultero..... sem pena alguma. » Ord. L. V, titre 38. « Aos nossos Desembargadores do Paço pertence despachar.... item, *cartas de inimisade.* » Ord. Liv. I, tit. 3, § 5.

ples dans le liv. III, tit. 89, § 1, dans le liv. IV, tit. 23, § 3, tit. 57, § 1, et tit. 76, § 3, dans lesquels on autorise chacun à se faire justice par soi-même.

Après les ordonnances Philippines, on trouve quelques lois *extravagantes*, presque toutes faites sous l'empire des mêmes idées ; tels sont la loi du 6 décembre 1612, § 20, et l'édit (*Alvará*) du 31 mars 1742, § 8, qui sanctionnent la marque à l'épaule et le carcan [1]. Ne nous étonnons point cependant de nous trouver en pareil état à ces époques, la condition des autres peuples n'était pas plus flatteuse. Quand on discutait l'ordonnance de Louis XIV de 1670, Lamoignon dit de la France : « Si nous comparons notre procédure criminelle avec celles des autres nations, nous reconnaîtrons qu'il n'y en a pas de plus rigoureuse, principalement depuis l'ordonnance de 1539. » Et cet état peu avancé, cette barbarie de la loi ne doit pas nous surprendre, malgré le développement de la philosophie qui suivit la réforme de Descartes. Les sciences philosophiques, se perdant dans des abstractions métaphysiques et ontologiques, s'étaient peu ou point du tout préoccupées du bien-être de l'homme social, et la preuve en est dans le peu de progrès que fit jusqu'à Kant la science philosophique du droit. La réforme complète de la pénalité, la réhabilitation de l'humanité aux yeux de la conscience était réservée au dix-huitième siècle. C'est alors seulement que les philosophes et les jurisconsultes protestent unanimement contre les horribles abus d'un droit légitime en soi. Rousseau, Beccaria, Voltaire, Servan et tant d'autres, étudient le droit de punir dans ses bases, y fixent des limites ; leurs efforts vengent l'humanité outragée, et la révolution française vient achever la réforme de la philosophie en détruisant les anciennes institutions pénales. Alors la réforme commence vraiment dans toute l'Europe ; la France, l'Autriche, la Bavière, la Prusse, toutes les nations s'attachent à obtenir des Codes plus parfaits.

Le Portugal ne pouvait rester étranger à ce mouvement. Dona Maria Ire, par déc. du 31 mars 1778, créa une Commission pour la révision complète de toute la législation. C'est à Paschoal José de Mello, honneur et gloire de l'université de Coimbre et du nom

[1] L'*Assento* du 30 avril 1613 a déterminé la marque dont devaient être marqués les voleurs.

portugais, qu'on doit la confection du Code de droit public, et du Code de *droit criminel*, travail qu'il acheva en cinq années, et pour la censure et révision duquel on nomma trois censeurs par décret du 3 février 1789[1]. Cependant le projet de M. Paschoal ne reçut pas d'exécution; la promulgation en fut fortement combattue par un homme très-distingué, Antoine Ribeiro dos Santos, dont les censures (étaient-elles innocentes?) privèrent le pays d'un Code, de grand mérite pour son temps, et dont on peut tirer grand fruit même aujourd'hui [2]. Malgré cela, et bien que la nation restât encore sous l'empire de lois et d'ordonnances surannées, la pénalité fut de jour en jour réformée dans la pratique par les tribunaux et par quelques mesures législatives. C'est ainsi que dans la loi du 5 mars 1790, § 12, on reconnaît légalement que la *question* est tombée en désuétude; et le décret du 12 décembre 1801 prescrit de n'appliquer la mort qu'aux crimes les plus atroces.

En 1821, après la révolution politique, qui inaugura le système constitutionnel, le Corps législatif (*côrtes*) nomma pour rédiger le Code criminel une Commission qui ne parvint à rien faire. En 1823, on accorda à celui qui y réussirait, un prix de 45,000 fr. (15,000 *crusados*) et une médaille; dans la même intention, il fut voté un autre prix de 60,000 fr. (20,000 *crusados*) par la loi du 25 avril. Ces encouragements n'amenèrent aucun résultat; cependant M. José Manoël da Veiga, docteur en droit canon, ayant présenté un projet de Code, le gouvernement, par une ordonnance du 19 décembre 1836, le fit revoir par une Commission qui l'approuva, et une ordonnance du 4 janvier 1837 en prescrivit l'observation aussitôt qu'il serait publié intégralement. Des raisons que nous ignorons ont empêché cette publication officielle, ce qui est d'autant plus regrettable que le travail de M. Veiga est plein de mérite. Finalement, une nouvelle Commission, nommée par décret du 10 décembre 1845, a achevé

[1] C'étaient le docteur José Joaquim Vieira Godinho, Francisco Xavier de Vasconcellos, Antonio Ribeiro dos Santos, Francisco Pires de Carvalho, et le docteur João Pereira Ramos de Azeredo. *Discurso sobre delictos e penas* par Francisco Freire de Mello.

[2] Il a été publié à Lisbonne, en 1823, par Miguel Setaro, avec une introduction et des notes de l'auteur, sous le titre suivant: *Ensaio do Codigo Criminal a que mandou proceder a Rainha Fidelissima D. Maria I, composto por Paschoal José de Mello Freire.*

le 30 septembre 1852 un projet, qui a été publié et adopté comme loi de l'Etat, par décret du 10 décembre de la même année : c'est le Code qui nous régit aujourd'hui.

Il a pour sources les Codes de France, d'Espagne, d'Autriche, de Naples et du Brésil ; il est rare qu'un de ses articles (plus ou moins bien appliqué) ne se trouve pas dans quelqu'un de ces Codes, d'où il est presque toujours littéralement extrait. En outre, la *Théorie du Code pénal* de MM. Chauveau et Faustin Hélie, et le *Droit pénal* de M. Rossi ont, dans quelques matières, servi de règle aux rédacteurs du Code. C'est de cette variété de sources, auxquelles on a puisé sans critique, que sont nés pour la plus grande partie les défauts qui ont été signalés dans le Corps législatif et dans les journaux. « L'unité, dit un des écrivains qui « ont le plus approfondi l'organisation judiciaire et la science de « la législation [1], est à la loi écrite ce que la vie est à l'organisa- « tion animale. Rien n'est plus facile que de suivre au hasard « des dispositions adoptées dans tel ou tel autre pays, de changer « quelques articles de loi, pour y en substituer d'autres entiè- « rement nouveaux ou puisés à des sources étrangères ; mais « comme la législation doit former un système complet, il est « aussi absurde d'y intercaler des parties hétérogènes sans avoir « coordonné toutes les autres dispositions, que de prétendre ré- « parer la perte d'un membre dans un corps organisé avec un « autre de quelque individu. »

Sans unité de système et de principes, il est impossible qu'un Code atteigne son but; de même qu'on ne peut concevoir de loi qui ne soit le résultat de l'harmonie des principes de la science et des mœurs nationales. Aussi, un auteur distingué pense, et très-judicieusement, que tout Code doit être en même temps un système et une histoire. Si le Tasse, dit-il, s'écria du haut d'une colline : « Voilà mon poëme ! » le législateur doit refléter dans son œuvre le génie et la vie de sa nation, en les rendant plus purs et plus beaux. Notre loi pénale pèche en cela. Il suffit de jeter les yeux sur ses dispositions pour y reconnaître le manque d'unité, effet inévitable d'avoir pris pour base des Codes fondés sur des principes divers, d'où vient que nous manquons pour l'interprétation d'une des principales ressources, qui consiste à

[1] Meyer, *Institutions judiciaires.*

connaître quel est le principe qui a présidé à la confection du Code. Or, ce principe, il est souvent impossible de le découvrir, parce que quelquefois il se présente à nous comme fils de l'école utilitaire ou sensualiste; d'autres fois comme fils de l'école spiritualiste [1].

Outre ces défauts, on en note d'autres dans le Code: le manque de méthode; on y traite de quelques contraventions en même temps que des crimes sans distinction; — le manque du système dans la déduction et la liaison des matières; — une échelle pénale confuse et qui ne contient pas des peines employées dans le Code: — peu d'exactitude dans la proportion des peines; — la distinction de peines en *majeures* et *correctionnelles*, laquelle n'est pas justifiée par la théorie, et ne se trouve en harmonie ni avec la procédure, ni avec l'organisation judiciaire du pays: — des principes incompatibles avec l'état de la science au siècle présent, comme le sont les restrictions excessives à la liberté de conscience et au droit d'association, et la consécration de la *mort civile*; — plus de sévérité en quelques articles que dans les anciennes ordonnances Philippines; — des *romanismes*, des antinomies, et des incorrections de rédaction [2].

Dans le commentaire des articles, nous aurons occasion de rendre plus palpables ces observations et d'autres, dont un grand nombre ont déjà été présentées à la Chambre des pairs par M. Ferrão, et à la Chambre des députés par M. Mello Carvalho, tous les deux membres de la Cour de cassation (*Supremo Tribunal de Justiça*) [3]. Le rédacteur de la *Gazette des Tribunaux*, M. Antoine Gil, qui s'est dévoué à la tâche ardue de la

[1] Nous ne voulons pas dire par là que l'on dût déclarer dans le Code quel est le fondement du droit de punir qui lui a servi de base, comme le pense M. Foucher dans ses observations sur le Code brésilien; la place d'une pareille déclaration était dans le rapport de la Commission, qui ne dit pas un mot sur ce sujet!

[2] On peut voir l'opinion de la Faculté de droit sur le mérite du Code par les thèses qu'on y a soutenues en 1854, à l'occasion du doctorat de M. D. Luis de Carvajal et de M. Martens. M. D. Luis écrivait: *Lusitanus Codex pœnalis a fundamento et harmonica ratione carens, valde imperfectus;* on lisait dans celles de M. Martens: *Lusitanus Codex pœnalis justa pœnas inter et delicta proportione caret.*

[3] Les discours de M. Mello e Carvalho, prononcés dans les sessions des 7 et 8 avril 1853, viennent d'être imprimés séparément.

défense du Code, a avoué lui-même qu'il ne le trouvait pas conforme aux principes de la science, quand, essayant de répondre aux critiques adressées au Code, il a dit dans le numéro 1665 de ce journal : *Sans prisons pénitentiaires et sans lieux de déportation, à quoi servirait un Code fait* secundum artem ? Cela signifie que, ces établissements n'existant pas chez nous (ce qui n'est pas très-exact), il suffisait d'un Code qui ne fût pas fait selon les préceptes de la science !

En vérité, il est bien à regretter aujourd'hui, quand l'Europe possède des Codes, tels que celui de la Prusse publié en 1852, et dont nous devons la traduction à M. Jean Herrmann, lieutenant au service de l'armée portugaise [1], il est à regretter, disions-nous, que le nôtre, publié la même année, ait encore besoin d'une réforme complète. Le gouvernement a déjà reconnu cette nécessité, quand il a nommé pour procéder à l'immédiate révision de notre Code, une Commission, dont fait partie M. Basile Albert de Sousa Pinto, professeur de droit criminel et de législation pénale comparée à l'Université de Coimbre, et de qui nous nous glorifions d'avoir été le disciple. Ses profondes connaissances nous garantissent que le Code sera élevé à la hauteur des idées du siècle, après une révision dont la nécessité devient d'autant plus sensible, qu'on compreud mieux la difficulté du droit pénal, science liée à plusieurs autres chez lesquelles elle s'alimente en partie : à la morale, au droit naturel et des gens par ses principes généraux ; à la politique, à l'économie sociale et aux mathématiques pour déterminer la proportion entre les délits et les peines ; aux sciences naturelles, à la logique et à la métaphysique enfin, pour l'investigation des délits et pour parvenir à la découverte des coupables [2].

Nous trouvons dans cette importance de la science une circonstance atténuante qui excusera les imperfections de notre commentaire.

LÉVY MARIA JORDÃO,
Docteur en droit et avocat à Lisbonne.

[1] Il a été publié, en 1855, à Lisbonne, avec le titre suivant : *Codigo penal para os Estados da Prussia com as leis supplementares* de 14 Abril 1851, de 22 Maio 1852, e de 9 Março 1853.

[2] Niccolini, *Principes philosophiques et pratiques du droit pénal,* traduits par Flottard.

MONTESQUIEU ET MACHIAVEL [1].

Ceux qui ont écrit sur l'origine des lois, sur les principes des gouvernements et sur les formes des institutions politiques, ont souvent mis en parallèle Machiavel et Montesquieu. On a voulu faire des rapprochements plus ou moins fondés entre ce qu'on appelle les systèmes suivis par ces deux grands génies dans les ouvrages qui les ont rendus immortels. Il est vrai de dire que Montesquieu et Machiavel, travaillant l'un et l'autre d'après l'observation des faits, sur les penchants communs des hommes, devaient nécessairement se rencontrer. Mais, placés à des points de vue différents, se dirigeant vers des buts divers, les analogies entre eux ne pourraient être ni fréquentes ni complètes. Leur caractère et le genre de leur esprit étaient aussi différents que les lieux et les temps où l'un et l'autre ont vécu.

Comme tout le monde, nous disons : le système de Machiavel, quoiqu'il faille avouer que ce mot est assez mal choisi. Machiavel n'a point formulé de système proprement dit ; il n'est pas remonté aux causes générales pour en tirer des conséquences multipliées et uniformes ; il n'a pas établi de véritables principes dirigeants. Il s'est contenté de fournir une suite de préceptes tirés de certaines circonstances ; il est avant tout l'homme de l'opportunité : nul mieux que lui ne démêle le fort et le faible d'une situation politique, et toujours il recommande de chercher le succès avant tout. Malheureusement cet homme de génie était sceptique en ce qui tient aux idées de droit et de devoir ; il ne croyait point à la vertu. On lui reproche de n'avoir reculé devant aucune espèce de moyen, pourvu qu'il le crût propre à ses fins.

Machiavel ne faisait que reproduire en cela l'opinion qui régnait de son temps. Si, en ce genre, l'Italie fournissait de tristes exemples en plus grand nombre que les autres États, c'est qu'elle

[1] Cet article est extrait d'un travail plus étendu, qui portera le titre de : *Recherches historiques et critiques sur l'Esprit des lois*.

se trouvait plus agitée et moins forte qu'eux. On a répété bien des fois que le machiavélisme est antérieur à Machiavel; nous l'avons dit : Machiavel n'a fait que saisir et exposer mieux que personne ce qui était alors l'opinion des hommes de guerre et des hommes d'Etat. Il a pénétré tous les secrets politiques de son temps; Montesquieu a mieux que lui pressenti l'avenir.

Nous ne reproduirons certainement pas ici tous les jugements portés sur Machiavel mis en regard de Montesquieu; cette reproduction serait plus fastidieuse encore que difficile. Nous nous bornerons à mettre sous les yeux du lecteur trois différentes appréciations de Montesquieu comparé avec Machiavel, sorties de la plume d'écrivains appartenant tous les trois aux écoles les plus modernes, tous les trois étrangers à la France.

D'abord, M. Macaulay, dans un article inséré dans l'*Edinburgh Review* de 1827, à propos des *œuvres complètes* de Machiavel traduites par J.-V. Périer, publiées à Paris en 1825, se plaît à rabaisser Montesquieu devant Machiavel. Avec cette verve qui distingue le style du critique anglais, il trace un portrait de l'auteur de l'*Esprit des lois* qui certes n'est pas flatté.

Après avoir loué Machiavel pour sa franchise d'esprit, M. Macaulay entreprend de comparer *le Prince* et les *Discours* avec l'*Esprit des lois*. « Montesquieu, dit-il, jouit d'une plus grande « célébrité que tout autre écrivain politique de l'Europe mo- « derne. Il le doit sans doute en partie à son propre mérite, « mais bien plus encore à son bonheur. Il eut de la chance « en sa vie; il frappa la vue de la nation française au mo- « ment où celle-ci s'éveillait après un long sommeil de bigo- « terie politique et religieuse; il ne tarda pas, en conséquence, « à devenir un favori. Les Anglais, à cette époque, considéraient « un Français qui parlait de freins constitutionnels et de lois « fondamentales comme un prodige aussi étonnant qu'un chien « savant[1] ou un enfant musicien. Agréable, mais superficiel, « occupé à produire de l'effet, indifférent pour la vérité, em- « pressé à bâtir un système, sans prendre soin de réunir les ma-

[1] J'ai cru à propos de modifier quelques expressions de l'auteur anglais, qui me paraissaient peu acceptables en français. Ainsi, j'ai omis le mot de *Valentine* qu'on appliquait à Montesquieu, et j'ai dit *chien savant* au lieu de *learned pig*.

« tériaux qui seuls pourraient en assurer la solidité et la durée, « Montesquieu construisit des théories aussi légèrement, aussi « rapidement que des châteaux de cartes, théories aussitôt accom- « plies que projetées, aussitôt détruites qu'accomplies, aussitôt « oubliées que détruites.

« Machiavel commet des erreurs, parce que son expérience, « acquise dans un état tout particulier de société, ne lui permet « pas toujours de calculer l'effet des institutions d'un genre diffé- « rent de celles qu'il avait vues fonctionner. Montesquieu com- « met des erreurs, parce qu'il trouve à dire quelque chose de joli, « et qu'il faut qu'il le dise. Si les phénomènes qui se trouvent « devant lui ne s'arrangent point avec son dessein, il faudra « mettre toute l'histoire à contribution. S'il ne peut parvenir à « ramasser ou à arracher quelque témoignage authentique « pour appuyer son hypothèse à la Procuste, il va de l'avant avec « quelque fable monstrueuse concernant Siam ou Bantam, ou « le Japon, racontée par des écrivains auprès desquels Lucien « et Gulliver seraient véridiques : menteurs à double titre comme « voyageurs et comme jésuites.

« Ordinairement ce qui se conçoit bien s'exprime clairement. « L'obscurité et l'affectation sont les deux plus grands défauts « du style. L'obscurité de l'expression a généralement sa source « dans la confusion des idées, et le même désir d'éblouir, coûte « que coûte, qui produit l'affectation dans la manière d'écrire « d'un auteur, est la cause probable des sophismes qui se ren- « contrent dans ses raisonnements. L'esprit judicieux et sincère « de Machiavel se manifeste dans son langage brillant, vigoureux « et poli; le style de Montesquieu montre à chaque page un « esprit vif et ingénieux, mais sans solidité. Il n'y a pas de tour « d'expressions, depuis la concision mystérieuse d'un oracle jus- « qu'au verbiage d'un petit-maître parisien, qui ne soit employé « par lui à déguiser la fausseté de certains principes, ou la tri- « vialité de certains autres. Il fait briller des absurdités enchâs- « sées dans des épigrammes; il obscurcit, sous la forme de l'é- « nigme, des vérités évidentes. L'œil le plus fort ne peut soutenir « qu'avec peine l'éclat avec lequel quelques parties sont illumi- « nées, ni pénétrer dans l'ombre qui en enveloppe quelques « autres. »

Le jugement porté par M. Macaulay sur l'*Esprit des lois* pa-

raîtra sans doute à bien des lecteurs plus que sévère et moins qu'équitable. D'abord, le critique anglais ne tient aucun compte de la différence des plans que Machiavel et Montesquieu s'étaient formés; l'un s'attachait aux faits particuliers et proposait des expédients; l'autre essayait de remonter aux causes générales et en tirait des conséquences capables d'expliquer une longue suite de phénomènes sociaux. Machiavel parcourt avec un art admirable tous les détails des faits isolés. Montesquieu est forcé de tout abréger, parce qu'il tient à embrasser les rapports des faits généraux. Le secrétaire florentin était, avant tout, homme d'action, *uomo di pratica,* il reproduisit dans ses écrits les impressions qu'il avait reçues en se mêlant aux affaires dans l'exercice des fonctions que la République lui avait confiées; de là cette simplicité et cette vivacité de récit qui sont le cachet particulier de son style. Le président au Parlement de Bordeaux n'est jamais qu'un homme de cabinet; il voit et juge les faits d'après les règles que son talent a posées; il étudie les hommes dans les livres; il se repose dans l'amour du bien sans préoccupation d'intérêts politiques. L'analyse de Machiavel est plus incisive, celle de Montesquieu est plus vaste.

Loin de voir dans Montesquieu l'homme qui a surpris les suffrages de sa nation par un concours de circonstances fortuites, nous y trouvons celui qui a refusé de se laisser aller au cou ra des idées exagérées de son temps.

Les considérations de l'illustre écrivain anglais ne sont que littéraires; elles s'attachent surtout à la forme extérieure sans toucher au fond, soit moral, soit politique de l'ouvrage. Un autre écrivain moderne s'est chargé de cette tâche.

M. Venedey, Allemand, dégoûté de la tournure que prenaient dans ces derniers temps les affaires politiques de sa patrie, après avoir reproché au Parlement de Francfort de s'être fatigué *en vain à couver un œuf vide*, prévoyant la possibilité de l'arrivée d'événements plus conformes à ses vues, chercha à imprimer un mouvement à l'éducation politique en Allemagne. Dans un travail qui porte la date de 1850, l'auteur a entrepris de faire connaître à la jeunesse allemande, sous le point de vue qui lui paraît le plus convenable, les œuvres de Machiavel, de Montesquieu et de Rousseau. Ces écrivains, selon M. Venedey, embrassent, sous certains rapports, toute la sphère de la politique;

chacun d'eux est le point de cristallisation des différentes écoles de la politique, et des différentes manières de régner.

Aux yeux de M. Venedey, Machiavel est l'apôtre du despotisme, et la doctrine professée par cet écrivain lui paraît d'autant plus dangereuse qu'elle se couvre des apparences de sentiments républicains ; il compare cette doctrine *à un serpent caché sous les roses.* Il entreprend de nous présenter Machiavel dépouillé de ses *oripeaux spirituels*, et de mettre à nu ses funestes erreurs.

Mais si M. Venedey n'aime pas Machiavel, il a encore plus de répugnance pour le système de Montesquieu, emprunté, selon lui, à l'Angleterre. Il déplore l'aveuglement des Allemands, qui adoptèrent *cette casaque étrangère* avec d'autant plus d'empressement qu'ils la crurent d'origine allemande. La simple exposition du système de Montesquieu suffira, dit-il, pour en prouver l'insuffisance ; tous ceux qui, dans ces derniers temps, se sont *confiés à des vaisseaux percés dans le genre de celui de Montesquieu ont fait de bien tristes naufrages.*

Nous n'irons pas au delà de ces indications sur la manière dont M. Venedey juge les deux écoles ; ce peu de mots suffira pour faire comprendre aux lecteurs que le travail de M. Venedey est dirigé par des opinions préconçues, et dans une intention politique que nous ne voulons pas discuter ici. Nous nous permettrons seulement de n'être pas tout à fait de son avis sur plusieurs points, même sur celui de sa prédilection pour le système de Rousseau, dont nous aurons occasion de parler plus loin.

Un publiciste italien, qui a repris l'examen des principes politiques de Machiavel après les jugements qu'en avaient portés dans ces derniers temps, en Italie, plusieurs écrivains des plus respectables, tels que César Balbo, André Zambelli, etc., a été plus loin que tout autre dans l'admiration de ces principes. M. Mancini [1] attribue au secrétaire florentin le double mérite d'avoir été le premier à soustraire la politique à l'empire de la théologie, qui, suivant lui, l'avait précédemment absorbée, et d'en avoir fait une science indépendante ayant un but propre et conforme à sa nature. Il félicite en quelque sorte Machiavel d'avoir adopté la méthode historique et expérimentale, et d'ê-

[1] Dans un essai intitulé : *Machiavelli e la sua dottrina politica*, publié à Turin, en 1852.

tre parvenu par là à séparer complétement la politique de la morale et du droit. M. Mancini nous assure que Máchiavel a frayé la route à l'*Esprit des lois;* car, *senza Machiavelli*, nous reproduisons ses paroles, *il pubblicista francese non sarebbe stato possibile, nè sarebbe stata tutta quella scuola di politici posteriori che tolse a costume di dettare insegnamenti sul governo degli stati, illustrando Tacito o qualche altro storico insigne*[1].

Nous faisons le plus grand cas du savoir et du talent de M. Mancini, que nous avons été heureux d'apprécier de près[2]; ces sentiments se réunissent en nous à ceux d'une ancienne et sincère amitié. Mais nous ne pouvons nous ranger de son avis dans cette appréciation du système de Machiavel. Il nous paraît, au contraire, qu'en détachant la politique de la morale, cet auteur a rendu un mauvais service à son pays et à l'humanité, et nous ne saurions croire que, sans Machiavel, il n'y aurait jamais eu de Montesquieu.

Nous sommes Italien, et nous tenons à honneur d'appartenir à cette nation grande et malheureuse; mais nous croyons que notre patrie, en fait de science, est assez riche de son propre fonds pour n'avoir pas besoin d'empiéter sur celui des autres pays. Machiavel est un génie de premier ordre, personne n'osera le contester; mais l'influence de son école a-t-elle été favorable ou nuisible pour le bien général de la société, et surtout pour son propre pays? Voilà une question qui n'a certainement pas le mérite de la nouveauté, et à laquelle on a si souvent répondu qu'il est à peu près inutile de vouloir encore l'essayer aujourd'hui.

A l'époque où nous vivons, rendre la politique uniquement utilitaire serait nuire aux progrès véritables de la civilisation. En effet, que demande-t-on de toutes parts? D'empêcher le désordre moral, de rendre à chacun ce qui lui est dû, de faire cesser l'arbitraire, de relever le faible plutôt que d'encourager le

[1] Sans Machiavel, le publiciste français n'aurait pas été possible, non plus que toute cette école de politiques, venus après lui, et qui se mit à dicter des leçons sur le gouvernement, en expliquant Tacite ou quelque célèbre historien.

[2] M. Mancini, exilé de Naples, est aujourd'hui un des professeurs les plus distingués de l'Université de Turin, où il enseigne le droit public international. (*Note de la réd.*)

fort. L'idée de la justice et du droit domine de nos jours sur toutes les autres. C'est à cette idée que l'on remonte sans cesse pour consolider les bases de la société qui s'ébranle ; c'est dans le sentiment de la moralité qu'on peut encore trouver une barrière contre ces mouvements soudains et violents qui sont la suite, jusqu'à présent inévitable, des forces d'impulsion mêlées à tous les progrès intellectuels et matériels. Et, en présence de toutes ces exigences et de tous ces dangers, peut-on sérieusement faire l'éloge d'une politique qui se tient en dehors des notions de Dieu et de la morale? Peut-on consentir à livrer le pouvoir suprême sur les affaires du monde aux instincts de la force et de la cupidité? On a beau chercher à épurer le principe util taire, dans la pratique il s'abaissera toujours au niveau des intérêts du moment, si ce n'est à celui des passions vulgaires ou brutales. Pour nous, amis de tout progrès durable dans la société civilisée, nous ne saurions trop nous élever contre tout ce qui sépare l'idée de moralité des différentes espèces de rapports parmi les hommes, et surtout de l'action des gouvernements.

La politique de Machiavel est le miroir fidèle des temps où il a vécu ; temps où la décadence politique de la plupart des Etats d'Italie a commencé. L'amour de la liberté ne produisait plus ses fruits admirables au milieu d'une société corrompue, faible et sceptique, n'ayant pas plus de confiance en soi que dans les autres, se montrant à la fois irascible et craintive.

Il vaudrait bien mieux faire ressortir la haute portée du génie italien par des exemples tirés des siècles antérieurs, qui furent témoins de tant de vertus et de tant de grandeur.

Rappelons plutôt ces vifs éclats d'une raison droite et généreuse, perçant à travers les derniers restes des ténèbres du moyen âge encore répandues sur la surface de l'Europe romaine. Relisons ces magnifiques déductions, dans lesquelles Dante annonçait précisément par son nom le développement des forces de l'humanité (qu'aujourd'hui nous appelons *civilisation*, croyant nous servir d'un mot nouveau) ; voyons comme il en marquait la marche et le but dans un langage qui, pour être scolastique, n'en est ni moins clair ni moins précis.

« Si la civilisation du genre humain, dit-il, a une fin utile, « cette fin deviendra le principe qui servira de démonstration

« de ce qu'il nous reste à prouver. Il est absurde de croire que « cette fin puisse être particulière à chaque espèce de civilisa- « tion au lieu d'être commune à toutes. Voyons maintenant « quelle est la fin de toute civilisation humaine... L'œuvre du « genre humain, prise collectivement, consiste à mettre en mou- « vement toutes les forces dont l'intelligence humaine peut dis- « poser, et à s'en servir d'abord pour connaître, ensuite pour « agir. Le genre humain remplit complétement sa tâche en attei- « gnant ce but vers lequel toutes nos actions doivent se diriger, « qui consiste dans la paix (ou l'ordre) universelle[1]. » Ces idées et ces mots, qui datent du commencement du quatorzième siècle, n'étaient-ils pas une anticipation de ce que nous pensons et désirons cinq siècles plus tard?

S'il m'était permis de m'étendre sur le caractère et la moralité de l'école italienne antérieure à Machiavel, j'apporterais de nombreux exemples qui déposeraient en faveur de mon opinion. Je me bornerai à citer un seul passage de Balde, parce qu'il me paraît s'accorder d'une manière frappante avec une des opinions de Montesquieu qui ont soulevé le plus de discussions. Balde affirme que *le droit civil ne peut pas détruire le droit naturel, quoiqu'il puisse parfois voiler le droit public*[2]. C'est le principe d'après lequel Montesquieu a établi que *c'est un paralogisme de dire que le bien particulier doit céder au bien public*[3].

Qu'on lise les grands auteurs de ce temps-là, à commencer par saint Thomas d'Aquin, esprit vaste et délié si jamais il en fut; que l'on parcoure la suite assez nombreuse des jurisconsultes

[1] *De Monarchia*, lib. I. Illud igitur, si quid est quod est finis utilis civilitatis humani generis, erit hic principium per quod omnia, quæ inferius probanda sunt, erunt manifesta sufficienter. Esse autem finem hujus civilitatis, et illius et non esse unum omnium finem arbitrari stultum est. Nunc autem videndum est quid sit finis totius humanæ civilitatis... Satis igitur declaratum est quod proprium opus humani generis totaliter accepti est actuare semper totam potentiam intellectus possibilis per prius ad speculandum, et secundario propter hoc ad operandum per suam extensionem... Ex his ergo quæ declarata sunt patet per quod melius, imo, per quod optime genus humanum pertingit ad opus proprium. Et per consequens visum est propinquissimum medium per quod itur in illud ad quod velut in ultimum finem omnia opera nostra ordinantur, quia est pax universalis, etc.

[2] Jus civile non potest eradicare jus naturale, licet publicum possit velare (Ad L. 3. D. 9, de *De justitia et jure*).

[3] *Esprit des lois* (liv. XXVI, chap. xv).

qui s'occupèrent du droit public, qu'on ait la patience de s'habituer à ces aspérités de langage et à cette dialectique extérieure qui en rendent la lecture fatigante, et on reconnaîtra que ces ouvrages étaient les précurseurs des écoles libérales d'aujourd'hui.

Il y a aussi bon nombre de pièces d'un caractère plus spécialement politiques écrites par les hommes les plus éminents, et qui prouvent que l'élévation des sentiments s'alliait chez eux avec le tact politique. Nous avons cité le livre si remarquable du Dante sur *la Monarchie.* Nous signalerons encore les discours de Pétrarque à l'empereur Charles IV : *de Pacificanda Italia,* et le discours tenu à Mantoue par le pape Pie II pour l'expédition contre les Turcs. Nous nous éloignerions trop de notre sujet si nous voulions suivre ici avec quelques détails le mouvement de l'école politique italienne en ces temps éloignés[1].

Nous reconnaissons sans difficulté qu'il y a cette ressemblance entre Machiavel et Montesquieu, que l'un et l'autre se sont attachés à l'étude de l'histoire de Rome et de la puissante organisation du peuple-roi, qu'ils se sont inspirés aux mêmes souvenirs d'énergie et de sagesse que cet empire nous a laissés.

Nous n'hésitons pas à ajouter que le travail de Machiavel

[1] Nous n'avons donné que de simples citations, prises, pour ainsi dire, au hasard. Il faudrait un gros volume pour contenir le catalogue des différents auteurs italiens qui ont écrit sur les matières politiques dans le quinzième et le seizième siècle, et les indications des manuscrits du même genre qui se conservent dans les bibliothèques. Les simples titres suffisent souvent pour intéresser la curiosité des lecteurs. Je me bornerai à rappeler ici les intitulés de quelques ouvrages qui se trouvent à la bibliothèque de l'Institut.

Manuscrit contenant : « Gasparis Scioppii Examen Machiavelli operum, in « quo illius et censorum scripta diligenter propenduntur. in-8°. MDCXCV.

« Anonymi Tractatus de Societate et Communione inter potentes et te-« nuiores. in-8°. MDCCLV.

« Francisi de Lucanis Parmensis jureconsulti Tractatus de Justitia et « quomodo subditi gubernari debeant. in-4°. MDCLXXXV.

« Tractatus Colueii Salutati ; — Tractatus de Tyranno ad magistrum Anto-« nium de Aquila ; — Tractatus de principatu Julii Cæsaris, et an ipse pos-« sit et debeat inter tyrannos rationabiliter numerari ; — An Julius Cæsar « jure fuerit occisus ; — Opusculum : quod Dantes juste posuerit Brutum « et Cassium in inferiori inferno, tanquam singularissimos proditores. in-8°. MDLXXIII.

Cette courte indication suffit pour marquer le genre des travaux auxquels nous faisons allusion.

intitulé : *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio* est, à nos yeux, bien supérieur à celui de Montesquieu, *Considérations sur les Causes de la grandeur et de la décadence des Romains*, tant par la profondeur que par la finesse des remarques. Machiavel, dans cet ouvrage, a voulu donner un essai d'études historiques à l'usage des hommes politiques [1], et il y a parfaitement réussi. Tout en s'attachant à des faits particuliers, le thème s'élargit sous sa plume, et jamais scalpel plus incisif n'entra dans la masse des faits que présente l'histoire.

Montesquieu se renferme plus étroitement dans l'examen des vicissitudes de Rome ; Machiavel aime surtout à se servir des institutions et des événements comme d'un texte dont il fait l'application à ce qui se rapproche de l'époque où il vivait. La politique de Machiavel pèche par la base, mais ses remarques sur la nature des hommes, sur les passions des masses, sur les manières dont on gagne ou l'on perd le pouvoir resteront toujours comme l'expression de la vérité. Le portrait effraye, il dégoûte parfois, mais il est d'après nature.

Il est impossible que Montesquieu n'ait pas eu devant les yeux l'exemple de Machiavel, lorsqu'il entreprit d'écrire sur les causes de la grandeur et de la décadence des Romains. Cependant, dans tout le cours de cet ouvrage, le nom de son illustre devancier n'est jamais cité ; il y a là plus que de l'oubli. Si, dans une nouvelle édition des *Considérations* de Montesquieu, on ajoutait des parallèles entre les opinions des deux grands écrivains sur différents points qui ont fourni aux méditations de l'un et de l'autre, on rendrait un véritable service à la science. Il y aurait des analogies intéressantes et des contrastes frappants. De ces opinions comparées il résulterait une sorte de cours de politique, appuyé sur l'histoire du peuple qui a le mieux compris la réalité, et le moins partagé les illusions de l'art de gouverner les hommes.

L'effet produit par les *Discorsi* de Machiavel a été bien plus grand que celui des *Considérations* de Montesquieu. Celles-ci ne furent reçues par le public que comme une œuvre littéraire qui venait se placer, bien qu'avec des intentions différentes et dans un cadre plus resserré et moins brillant, à la suite du *Discours sur l'Histoire universelle*, de Bossuet. Les autres, au contraire,

[1] *Acciochè coloro che questi miei discorsi leggeranno possino trarne quella utilità per la quale si debbe ricercare la cognizione dell' istoria.* Lib. I, cap. I.

laissèrent une impression profonde dans la société italienne, au point que les gouvernements en conçurent de vives inquiétudes. Il nous reste un document curieux à ce sujet, tiré du sénat de Venise. Au commencement du dix-septième siècle, après la mort de Trajan Boccalini, qui paya de sa vie l'imprudence d'avoir donné de l'ombrage au gouvernement espagnol, les fils de ce publiciste demandèrent au sénat de Venise un privilége pour la publication des commentaires sur Tacite que leur père avait laissés. Le sénat chargea quatre de ses principaux membres de lui exprimer un avis préalable sur cette demande. Les quatre sénateurs, exposant chacun séparément leur opinion, furent tous d'un avis contraire à la publication. Les textes de leurs réponses nous ayant été conservés, nous allons en extraire un passage de la consultation de Donà Morosini, qui avait le plus développé la matière : « C'est la doctrine de Tacite, dit-il, qui a « produit Machiavel et les autres mauvais auteurs destructeurs « de toute vertu politique. Ces écrivains ont en lui leur origine « et leur naissance, comme les arbres et les plantes l'ont dans « leur graine. On devrait remplacer Tacite par Tite-Live et Po- « lybe, historiens des temps plus heureux et plus vertueux de « la république romaine, par Thucydide, historien de républi- « ques grecques qui se sont trouvées dans des circonstances « égales à celle de Venise ; on y ajouterait les historiens qui « ont rapporté les faits de cette sérénissime république, tels que « Sabellico, Giustiniani, Bembo, Paruta, Morosini, qui tous mé- « ritent d'être lus et d'obtenir les plus grands éloges [1]. »

Vers le milieu du seizième siècle, en Italie, au moment où la plupart des gouvernements se corrompaient, le public s'attachait

[1] *E veramente della dottrina di Cornelio Tacito è stato rampollo il Machiavelli ed altri cattivi autori destruttori d'ogni politica virtù; i quali da questo autore, come nelle semenze è la cagione degli arbori et delle piante, hanno avuto la sua origine et il nascimento; in luoco di questo dovvrebbero succedere Tito Livio, Polibio, historici dei tempi più floridi e virtuosi della republica romana, et Tucidide scrittore di molte reppubliche greche che hanno havuto affari molto conformi a questa nostra; oltre quell' historici che hanno scritto le attioni di questa serenissima Republica; Sabelico, Zustignan, Bembo, Paruta, Morosini, degni di lettione et di molta commendatione.* V. Cicogna. *Iscrizioni venete*, tome IV, p. 365 et suiv. Les travaux de M. Cicogna, sur l'histoire de Venise, ne sont pas connus à l'étranger autant qu'ils mériteraient de l'être; son érudition sous ce rapport est immense, et sa critique est sage et éclairée.

à l'étude de Tacite, qui auparavant avait été délaissé. Ce fait, attesté par les écrivains de l'époque, s'explique aisément par l'état de la société italienne. La littérature et les arts avaient fait les plus grands progrès, tandis que la force des caractères et la régularité des mœurs allaient se perdant de jour en jour. On se sentait mal à l'aise, on se plaignait; on accusait tour à tour les hommes et les institutions. Il eût été plus conséquent et plus sage de tâcher d'améliorer les uns et les autres. Les hommes faibles et craintifs parlent souvent de hardiesse et de force pour se donner du courage. Tacite, ce grand peintre des excès de la tyrannie et des conspirations qui en sont la suite, est le représentant d'une opposition fière quoique impuissante au sein d'un peuple vicieux et dégradé; en raison de ces contrastes ses idées s'arrangent avec toutes les décadences sociales. L'amour de la liberté dans Tacite revêt les formes d'une protestation parfois sanglante contre la tyrannie. C'est à cause de cela que les différents gouvernements plus ou moins tyranniques qui se partageaient alors la péninsule virent dans cette école une sorte de danger. La découverte de l'imprimerie faisait circuler librement dans la foule ces idées qui, deux siècles avant, ne sortaient guère d'un cercle borné et inoffensif de savants.

Machiavel, tout en s'instruisant à l'école de Tacite, choisit de préférence Tite-Live pour texte, ou, à parler plus exactement, pour point de départ de ses essais politiques. Il devait chercher le récit calme des hauts faits des Romains aux périodes les plus brillantes de leur histoire, afin d'appuyer l'autorité du précepte sur le bonheur de l'exemple.

Montesquieu, au contraire, qui visait à l'effet littéraire bien plus encore qu'au résultat politique, s'adressait indistinctement à tous les anciens historiens de Rome, et laissait parfois désirer plus de richesse dans les détails et plus d'ordre dans l'ensemble de ses *Considérations*.

Ce goût de remonter aux textes anciens pour étayer des opinions plus ou moins modernes se maintint jusque vers le milieu du dix-huitième siècle; nous publierons, dans un appendice, des fragments de ce genre appartenant à cette époque, qui nous paraissent de quelque intérêt pour l'histoire des doctrines politiques en Italie.

Revenons à l'objet principal de notre travail. Machiavel a

recueilli les règles dominantes dans la politique italienne de son temps ; ce qui lui paraît promettre plus sûrement le succès, il le donne pour légitime. Mais cela ne l'empêche pas de viser à des buts généraux ; il cherche dans ses *Discours* les moyens quelconques de soutenir les gouvernements républicains, dans son livre du *Prince* les moyens quelconques de rester le maître.

Montesquieu a vu les choses autrement ; son caractère d'abord, et ensuite l'état où se trouvait la France pendant le cours de sa vie, lui inspiraient des sentiments tout différents. Mais répétons-nous après H. Klimrath : « Dans l'*Esprit des lois*, tout ce qui a sa fin en soi-même, l'honneur, la vertu, la religion, n'est considéré que comme moyen de la conservation de telle ou telle forme de gouvernement [1]. »

Il a manqué à Montesquieu la connaissance des principes plus élevés qu'un état plus avancé de civilisation a mis à découvert de nos jours. Nous aurons occasion de revenir sur ce sujet, qui nous paraît mériter l'attention du publiciste et du philosophe.

Machiavel sonde avec une effrayante sûreté les profondeurs du cœur de l'homme qui marche au pouvoir par le double chemin de la ruse et de la violence ; il arrive à cet aphorisme qu'*il faut caresser ou détruire les hommes, parce que les hommes se vengent des torts légers, mais ne peuvent pas se venger des plus graves. Il faut donc que le tort que l'on fait soit au-dessus de toute crainte de vengeance* [2].

Il réduisait ainsi en maxime ce qu'il avait vu se passer chez Louis XI et César Borgia, les deux hommes que Machiavel a le plus particulièrement étudiés.

Montesquieu suit une direction toute différente; il cherche surtout à saisir le point d'équilibre entre les hommes et les institutions, entre les mœurs et les lois. Cette disposition de son esprit lui a fait apercevoir la vérité de certains faits politiques bien au delà des circonstances de son temps.

Relisons ce passage remarquable des *Considérations sur les*

1 *Revue germanique*, mars 1837. V. Stahl, *Histoire de la philosophie du droit*. Livre IV, sect. I.

2 *Perchè si ha a notare che li huomini si debbono o vezzeggiare o spegnere, perchè si vendicano delle leggieri offese, delle gravi non possono. Si che l'offesa che si fa à l'huomo deve essere in modo che la non tema la vendetta.* (*Il Principe*, cap. III.)

causes de la grandeur et de la décadence des Romains, où il est dit : « L'empire des Turcs est à présent à peu près dans le même « degré de faiblesse où était autrefois celui des Grecs; mais il « subsistera longtemps ; car si quelque prince que ce fût mettait « cet empire en péril, en poursuivant ses conquêtes, les trois « puissances commerçantes de l'Europe connaissent trop leurs « affaires pour n'en pas prendre la défense sur-le-champ.—C'est « leur félicité que Dieu ait permis qu'il y ait dans le monde « des Turcs et des Espagnols, les hommes du monde les plus « propres à posséder inutilement un grand empire [1]. »

Cela s'imprimait pour la première fois en 1734 : est-il moins vrai, moins à propos en 1855?

Nous n'irons pas plus loin dans notre parallèle entre Machiavel et Montesquieu ; nous le disions en commençant ce chapitre, c'est un thème rebattu. Nous avons cru cependant qu'on pouvait ramener sur ce sujet l'attention des lecteurs, si ce n'est par l'appât de la nouveauté, du moins par l'importance de la matière. Il nous serait doux de penser que ceux sous les yeux desquels tombera ce chapitre n'auront pas tout à fait perdu leur temps à le lire.

FRÉDÉRIC SCLOPIS.

APPENDICE.

D'UN ÉCRIT INÉDIT DE PIÉTRO GIANNONE.

L'analogie de la forme bien plus que l'analogie du fond nous engage à placer sous les yeux de nos lecteurs une notice d'un travail inédit de Giannone. On sait que ce jurisconsulte napolitain acquit une grande célébrité au commencement du siècle dernier par son *Histoire civile du royaume de Naples*. Le caractère saillant de cet ouvrage consiste dans un esprit d'hostilité systématique contre la papauté, et les prétentions de la cour de Rome touchant le royaume de Naples. Giannone passa les dernières années de sa vie détenu dans une forteresse sur le terri-

[1] Chap. XXIII.

toire piémontais. Nous n'essayerons pas d'entrer ici dans les motifs et dans les suites de l'arrestation et de la détention de Giannone; ces questions ne se rattachent aucunement à nos études actuelles. Nous voulons seulement informer nos lecteurs que Giannone employa une partie de sa longue captivité à écrire des *Discours sur les Annales de Tite-Live,* dans l'intention expresse de fournir des arguments à l'appui des droits de l'Église romaine. — La table des matières, rédigée par Giannone lui-même, et un fragment de la dédicace de l'ouvrage suffiront pour instruire les lecteurs de ces faits singuliers.

Le manuscrit de Giannone est autographe; il existe dans la bibliothèque du roi de Sardaigne, à Turin; il forme un volume grand in-8°.

DISCORSI SOPRA GLI ANNALI DI TITO-LIVIO, SCRITTI DA PIETRO GIANNONE, GIURECONSULTO ED AVVOCATO NAPOLITANO, NEL CASTELLO DI CEVA, L'ANNO MDCCXXXIX.

Catalogo dei discorsi e capitoli contenuti nella parte I.

mani, e che ne' soli Ebrei fù profezia: sicome dapoi nella sola religione cristiana.

DISCORSO VIII. — Dè Maghi, incantatori, ed astrologi giudiciarii.

I. — Maghi malefici e corruttori della medicina.

II. — Maghi superstiziosi e corruttori della religione anche pagana.

III. — Maghi giudiciarii e corruttori dell' astrologia.

DISCORSO IX. — Dè giochi, feste, lettisternii ed altri spettacoli appartenenti all' antica religione romana.

DISCORSO X. — Della religione peregrina dè Romani.

DISCORSO XI. — De' baccanali.

DISCORSO XII. — Del concetto ch' ebbero i Romani del nostro morire; e qual altra vita riputassero rimanere agli uomini dopo la loro morte. E quanto in ció fosse più commendabile la religione cristiana che ci ha instrutti del contrario.

DISCORSO XIII ed ultimo. — Dè mani, e sepulture dei Romani.

I. — Conchiusione di questa I[a] parte.

Catalogo dè discorsi e capitoli contenuti nella parte II.

DISCORSO I. — Come il popolo romano da bassi principii, nella sua infanzia quasi luttando cò popoli vicini, gli vincesse, e come adulto, secondo che cresceva di forze stendesse le sue braccia in più lontani e remoti paesi.

DISCORSO II. — Degli antichi Etrusci; loro estensione in Italia, politia e decadenza, e dè Sanniti.

DISCORSO III. — Dè Liguri duri e forti; loro estensione in Italia; e come sopra tutti gli altri popoli tenessero esercitati i Romani nella disciplina militare, si chè fossero gli ultimi ad essere suggiogati.

DISCORSO IV. — Quali occasioni si fossero offerte ai Romani di muovere guerra a questi popoli, ed altri più lontani in Italia; e quali cagioni riputassero giuste per muovere le loro armi, adoprando i feciali, ed altri riti e cerimonie nell' intimar le guerre perche fossero da tutti riputate pie e giuste.

I. — Delle genti Alpine.

DISCORSO V. — Onde avvenisse cotanto cangiamento in Italia, comparando l' antico suo stato col presente.

DISCORSO VI. — Delle occasioni offerte a Romani di stendere le loro armi fuori d'Italia, prima nella Sicilia, e nella Sardegna, e dapoi nelle altre provincie, e per qual titolo o causa ne facessero acquisto.

DISCORSO VII. — Della sapienza dei Romani nel dare le leggi in Roma ed ai popoli ridotti nella loro dizione.

DISCORSO VIII. — Della sapienza dei Romani intorno al governo e politia delle città d'Italia; e delle provincie e regni onde l' impero Romano era composto.

DISCORSO IX. — Delle cagioni e maniere colle quali i Romani estinsero in Europa varii regni riducendoli in forma di provincie.

I. — Epiro.

II. — Siracusa.

III. — Macedonia.

IV. — Illirico.

Discorso X. — Come fin qui i Romani lasciassero nell' Asia, e nell' Africa regnare i proprii Re, contentandosi della protezione e dispendenza, e con quanta moderazione e sapienza stabilissero le paci, i confini, dassero loro leggi ed instituissero nuova forma e politia per miglior governo dè loro Regni.

Discorso XI. — Come i Romani in discorso di tempo estinsero nell' Asia e nell' Africa questi ed altri regni, e gli riducessero in forma di provincia.

I. — Siria.

II. — Cappadocia.

III. — Bitinia e Ponto.

IV. — Pergamo.

V. — Cipro.

VI. — Egitto.

VII. — Affrica.

Discorso XII. — Come sotto Cesare Augusto ed anche dopo la sua morte, rimasero alcuni regni sottoposti al romano Impero; nè il regno di Gerusalemme fù estinto e ridotto da Augusto in provincia se non dopo la morte di Erode M. e l' esilio nella Gallia di Archilao suo figliuolo.

Discorso XIII. — Dell' origine e maniera della istituzione del censo in Roma e come poi si fosse dilatato in altre colonie e città d' Italia, e finalmente da Augusto stesso in tutte le provincie dell' Imperio.

I. — La Giudea non fù vinta se non quando fù ridotta in provincia.

Discorso XIV. — Della moderazione e discretezza che usarono i Romani di lasciare i popoli vinti ed aggiunti all' Impero colla religione stessa che prima avevano; eziandio agli Ebrei ancorchè professassero una religione dalla loro per troppo diversa, anzi contraria.

I. — Intorno alla religione giudaica.

II. — Del prodigioso numero delle sinagoghe sparse per tutto l' Imperio romano.

Discorso XV. — Che i Romani nè principii che cominciò a divulgarsi la religione cristiana, non la bandirono dall' Imperio perchè la confusero colla giudaica, credendola come una nuova setta della medesima.

I. — Per ciò che riguarda il suo autore, e Maestro.

II. — Intorno agli apostoli e discepoli.

Discorso XVI. — Che le prime persecuzioni contro i cristiani nella Giudea, e nelle altre provincie dell' Imperio furono mosse dai Giudei, non già da Romani; le quali diedero occasione che la religione cristiana si diffondesse presso i gentili.

Discorso XVII. — Per quali cagioni in discorso di tempo fossero state da Romani proibite à cristiani le loro chiese, ossiano Unioni, riputandole collegii illeciti, e procurato di abolirgli; e come dapoi per Costantino M. la religione cristiana fosse stata ricevuta nell' Imperio.

Discorso XVIII ed ultimo. — Come Roma quantuaque per la decadenza dell' Imperio avesse perduto il pregio di essere capo dell' orbe romano; con più felici auspicii ne acquistasse un maggiore di essere divenuta capo di tutto il mondo cattolico.

Les *Discours sur les Annales de Tite-Live* sont précédés d'une épître dédicatoire adressée à Charles-Emmanuel III, roi de Sardaigne, et dans laquelle Giannone s'exprime en ces termes :

« Ho voluto in quest' opera, in più occasioni che il soggetto e la materia istessa mi han somministrate, manifestare al mondo i miei religiosi, sinceri, e cattolici sentimenti nei quali vivo e persisto; e mi lusingo che le principali verità cristiane siano in quest' opera così ben dimostrate ed in tanta luce esposte, che forse in altre non si troveranno i fondamenti sì stabili e fermi, così fortemente appoggiate e sì strettamente unite e congiunte; ed a riguardo dell' eminenza e superiorità della chiesa di Roma sopra tutte le altre chiese del mondo cattolico non essersi tralasciate le pruove più forti ed efficaci, che dà nostri libri sacri, ovvero dall' istoria e tradizione possono a noi essere somministrate per rendere la di Lei preminenza più stabile e ferma, etc., etc. »

RECHERCHES HISTORIQUES

SUR LA QUOTITÉ DISPONIBLE

DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

(Suite et fin.)

§ 3. — Droit coutumier.

Les coutumes sont rédigées : elles sont devenues des lois. Le droit coutumier s'est élevé à la hauteur d'une législation. Nous voici arrivés à une époque où nous allons trouver et étudier les résultats de l'enfantement qui s'est opéré pendant les périodes précédentes.

Le droit romain et le droit germanique se sont rencontrés face à face sur le terrain de la Gaule. Une lutte d'influence s'est établie entre eux. D'abord, à l'époque de la personnalité des lois, ils ont vécu côte à côte sur toute l'étendue du pays, puis ils se le sont partagé pour régner souverainement chacun dans son enclave. Mais ce contact continuel ne leur permit pas de se conserver dans leur pureté primitive ; ils se firent des emprunts réciproques sans parvenir cependant à s'amalgamer et à se confondre dans un tout unique.

Nous avons vu dans les chapitres précédents que le droit coutumier, tout en conservant le principe germanique qui attribuait les biens aux membres de la famille, avait dans certaines circonstances donné droit de bourgeoisie à la légitime romaine : mais, jusqu'à la rédaction des coutumes, la loi ne contint pas à cet égard de dispositions fixes et positives. Lorsque cette rédaction fut terminée, la législation renferma moins d'incertitudes. Désormais, nous aurons sous les yeux des textes précis et formels ; notre tâche va devenir plus facile.

Dans notre droit coutumier, le père de famille n'avait pas la faculté de disposer à titre gratuit de tous ses biens. Cette faculté de disposer était limitée tantôt à raison de la nature des biens

possédés par le père de famille, tantôt à raison de la dette qu'il avait contractée envers ses enfants en leur donnant le jour.

Ainsi, dans certaines coutumes, le père de famille ne peut pas par testament disposer de plus d'un quint de ses propres. Les propres, ce sont les biens que dans la vieille langue on appelait l'*héritage*, ce sont les biens qui ont été recueillis par succession. Les quatre quints de ces propres se trouvent réservés à la famille. Voilà un cas où la faculté de disposer du père de famille est limitée à raison de la nature des biens qui se rencontrent dans son patrimoine.

Si le père de famille n'a pas de propres, ou si la part afférente aux enfants dans les quatre quints des propres n'est pas en rapport avec la fortune totale du père, les enfants peuvent réclamer la moitié de ce qu'ils auraient eu si leur père fût mort intestat. Dans ce cas, le droit de disposition du père de famille se trouve limité, non plus à raison de la nature des biens, mais à raison de l'obligation naturelle, qui veut que le père fournisse à ses enfants des aliments et des moyens d'existence.

Occupons-nous d'abord de la réserve des propres, et rappelons ce que nous avons dit en terminant le chapitre précédent, c'est-à-dire que les dispositions entre-vifs à titre gratuit étaient permises sans restriction dans la plupart des coutumes. Mais nous devons mentionner que certaines coutumes limitaient le droit de disposer entre-vifs : ainsi la coutume de Poitou ne permettait de donner entre-vifs que le tiers des propres (art. 203); Tours (art. 233) et Bretagne (199) avaient des dispositions semblables. D'autres ne permettaient de donner entre-vifs que la moitié des propres, *v. g.* Reims (232), Blois (167). Ces coutumes faisaient exception ; aussi peut-on dire que dans le droit commun coutumier la faculté de donner entre-vifs était illimitée. C'est pourquoi, quand nous parlerons de la réserve des propres, nous n'aurons en vue que les dispositions testamentaires.

En cette matière comme en tant d'autres, les coutumes avaient un principe commun, mais la manière dont il était appliqué variait dans chacune d'elles. Quelques-unes permettaient de disposer de la moitié des propres, d'autres du tiers (Poitou, 203; Laon, 51; Reims, 252 ; Blois, 167 ; Bretagne, 220); dans d'autres, et parmi celles-ci se trouve la coutume par excellence, celle de Paris, le père de famille ne pouvait donner que le quint de ses

propres ; enfin, dans quelques coutumes il était absolument interdit de disposer des propres ; nous citerons notamment la coutume de Normandie (art. 427). On sait qu'au-dessus de toutes ces coutumes locales, qui étaient quelquefois si différentes, il s'était formé un droit commun qui servait à décider les questions sur lesquelles quelques coutumes se trouvaient muettes. Dans la matière qui nous occupe, c'était la coutume de Paris qui était le droit commun ; on peut donc dire que le droit commun des pays coutumiers était de pouvoir donner tout son bien entre-vifs et de pouvoir disposer par testament de tous ses meubles et acquêts et du quint des propres. Mais certaines coutumes allaient plus loin que Paris, elles ne restreignaient pas la réserve aux propres, mais elles l'étendaient à d'autres biens. Ainsi la coutume de Bretagne assimilait les propres et les acquêts, et elle ne permettait de disposer que du tiers des immeubles (art. 199). La coutume de Normandie(art. 418), qui dans aucun cas ne permettait de disposer des propres par testament, ne permettait pas à celui qui avait des enfants de disposer des acquêts ; ils étaient pour la totalité compris dans la réserve légale. Enfin, il y avait d'autres coutumes qui allaient plus loin encore et qui comprenaient une partie des meubles dans la réserve. Nous citerons les coutumes du Bourbonnais (art. 291 [1]) et d'Auvergne (ch. XII, art. 41 et 42) qui réservaient les trois quarts tant des meubles que des propres et des acquêts ; la coutume de la Marche (art. 212) faisait aussi une masse de tous les biens, elle en réservait les deux tiers et ne permettait de disposer que de l'autre tiers. Mais nous ne pouvons entrer dans l'examen des dispositions particulières de chaque coutume, il faut que nous bornions notre carrière. Nous parlerons en général du droit commun, car nous devons déterminer le caractère de la réserve coutumière et de la légitime de droit plutôt que de fixer des chiffres dont l'aridité n'aurait d'ailleurs rien d'instructif.

La réserve ou légitime coutumière, comme on l'appelait aussi, ne suffisait pas toujours pour libérer les parents de leur obligation envers leurs enfants. Supposez que le père n'ait que peu de propres et beaucoup d'acquêts et de meubles, la réserve des enfants ne sera pas en rapport avec la fortune du père. Nous

[1] V. Auroux des Pommiers sur cet article.

avons dit déjà qu'on emprunta alors au droit écrit son système de légitime. Lors de la première rédaction des coutumes, on ne trouve pas trace de cet emprunt dans la coutume de Paris; mais, malgré ce silence, on appliquait, dans beaucoup de cas [1], la légitime romaine, toutefois, avec une modification dans les quotités. Ainsi, on avait rejeté la gradation de la novelle et l'on avait établi que chaque enfant aurait comme légitime la moitié de la part qu'il eût eue dans la succession *ab intestat.* Plus tard, lors de la réformation de 1580, on inscrivit un article qui consacra pour l'avenir d'une manière formelle ce que l'on appliquait déjà depuis longtemps. L'article 298 dispose, en effet, que « la légitime est la moitié de telle part et portion que cha- « cun enfant eût eue en la succession desdits père et mère, ayeul « et ayeule, ou autres ascendants, si lesdits père et mère ou au- « tres ascendants n'eussent disposé par donation entre-vifs ou « dernière volonté. Sur le tout déduits les debtes et les frais fu- « néraux. »

Cette légitime de droit n'était qu'un subsidiaire. Nous allons essayer d'expliquer dans quels cas on y recourait et quel était le mode de procéder du droit coutumier quand il s'agissait de savoir si un enfant avait été lésé par les libéralités paternelles.

On examinait d'abord si le *de cujus* avait possédé des propres: s'il en avait possédé, mais qu'il les eût donnés entre-vifs, on respectait ce qu'il avait fait et l'on ne comptait plus les propres donnés. Si, au moment de son décès, il s'en trouvait dans sa succession, soit qu'il n'en eût donné aucun de son vivant, soit qu'il en eût conservé une partie, on recherchait s'il en avait disposé dans son testament; et si le testament contenait quelques legs de propres on examinait le rapport qui existait entre la valeur des propres légués et celle des propres qui restaient dans la succession. Si le testateur avait légué au delà du quint de ses propres, on réduisait les legs de manière à ce que les héritiers eussent intacts les quatre quints que la coutume leur attribuait. Ainsi, ce qui devait se faire avant tout c'était d'assurer l'intégralité des quatre quints des propres. Lorsqu'on avait fixé la réserve, il s'agissait de savoir s'il y aurait lieu de donner aux lé-

[1] Arrest des Brinons du 27 mai 1558, rapporté par Tournet, sur l'article 298 de la nouv. cout.

gitimaires une légitime de droit autre que la réserve. En effet, si la part de chaque légitimaire dans les quatre quints des propres surpassait ou égalait la moitié de ce qu'il aurait eu dans la succession *ab intestat*, il ne pouvait être question de distribuer la légitime de l'art. 298 de la coutume de Paris. Mais si, au lieu de surpasser ou d'égaler cette moitié dont nous venons de parler, la part de chaque légitimaire dans la réserve lui était inférieure, voici comment on procédait : on formait une masse des biens du défunt, dans laquelle on comprenait les biens dont il avait disposé entre-vifs à titre gratuit et ceux dont il avait disposé par acte de dernière volonté. On attribuait alors à chaque légitimaire la moitié de la part qu'il eût eue si la succession se fût en réalité composée de tous ces biens. Si, à son décès, le *de cujus* ne possédait pas de propres, le légitimaire recevait cette moitié tout entière; mais s'il y avait des propres, on ajoutait à sa part dans la réserve ce qui était nécessaire pour compléter sa légitime. Prenons des exemples : un père a un fils et 60,000 livres de biens; sur ces 60,000 livres, il y en a 50,000 de propres, la réserve légale est de 40,000 qui égalent les quatre quints, il n'y a donc pas lieu d'appliquer l'art. 298 de la nouvelle coutume, puisque dans cette succession l'enfant trouve dans sa réserve plus que la légitime ne lui eût donné. Autre cas : au lieu de 50,000 livres de propres, supposons qu'il n'y en ait que 30,000 ; la réserve des quatre quints est de 24,000, il y a lieu alors de recourir à l'art. 298; la légitime fixée par cet article doit être de 30,000 livres dans une succession de 60,000; mais comme l'enfant trouve déjà 24,000 dans sa réserve, on ne lui donnera que 6,000 livres sur sa légitime, de manière qu'il ait en tout 30,000 livres ou la moitié de la succession. Telle était la manière de procéder : on suivait cette marche dans presque toutes les coutumes, il n'y avait de différence que dans les quotités. Nous avons indiqué plus haut que le rapport des biens réservés aux biens disponibles variait suivant les coutumes, nous avons à faire ici la même remarque pour les biens compris dans la légitime et pour ceux qui formaient la portion disponible au regard de cette légitime.

On divisait les coutumes en trois classes : 1° les coutumes qui ne réglaient pas la quotité de la légitime, c'était le plus grand nombre; 2° celles qui se référaient au droit romain (Reims, 234; Melun, 232); 3° celles qui fixaient une quotité précise (Paris

dont nous venons de parler, Calais, Chauny). Les coutumes de la première classe donnaient lieu à une grave question qui divisa longtemps les docteurs et les parlements; dans ces coutumes, devait-on appliquer la légitime du droit romain ou celle de la coutume de Paris? La jurisprudence pencha d'abord vers le droit écrit, puis il se fit un revirement, et dans le dernier état du droit coutumier on appliquait généralement les dispositions de la coutume de Paris à toutes les coutumes muettes.

Nous venons d'exposer comment, dans le droit commun, on alliait les dispositions des coutumes relatives à la réserve avec l'établissement de la légitime de droit; pour que l'explication que nous avons essayé de donner soit complète, il faut que nous indiquions sommairement comment, en cas d'excès dans les libéralités du père de famille, on rétablissait en faveur des enfants les parts qu'ils devaient avoir. Pour cela, on réduisait les donations faites par le défunt. Comme on s'occupait d'abord de la réserve des propres, on commençait par réduire les legs de propres au quint disponible. Si, ensuite, il y avait lieu de recourir en faveur des enfants à la légitime de droit, on faisait une masse fictive de tous les biens laissés par le *de cujus* et de ceux dont il avait disposé soit entre-vifs, soit par acte de dernière volonté. Mais on ne faisait jamais entrer dans la masse pour la supputation de la légitime les biens sur lesquels le légitimaire ne pouvait avoir aucun droit, *v. g.* le préciput de l'aîné, la dot de religion, les biens confisqués. C'est pour cette même raison qu'avant de fixer le taux de la légitime et celui de la quotité disponible on prélevait les dettes et les frais funéraux. La masse formée, on calculait le montant de la légitime et on réduisait les donations dans l'ordre suivant : 1° on prenait sur les donations testamentaires, et, parmi ces donations, on prenait d'abord sur le legs universel, ensuite sur les legs particuliers *pro modo emolumenti*; 2° on attaquait les donations entre-vifs; généralement, on s'adressait au dernier donataire, selon l'ordre des temps, avant de remonter aux plus anciens.

Cependant quelques auteurs avaient essayé de soutenir que les donations entre-vifs devaient aussi être réduites *pro modo emolumenti*, mais cette opinion avait été rejetée par la pratique. Lorsque, par suite de l'insuffisance des donations testamentaires on s'adressait aux donations entre-vifs, il arrivait quelquefois que des

donations de propres se trouvaient attaquées, et cependant les coutumes permettaient de disposer des propres entre-vifs. Mais il faut remarquer que si l'on faisait rentrer dans la succession les propres donnés entre-vifs, ce n'était pas pour les comprendre dans la réserve coutumière, mais bien pour les comprendre dans la légitime de droit, ce qui était tout autre chose. Car, comme nous l'avons dit, lorsqu'il s'agissait de la légitime de droit, on faisait une masse de tous les biens, sans se préoccuper de leur nature ni de leur origine.

Nous avons vu, au contraire, qu'au regard de la réserve le droit coutumier considérait la nature des biens ; nous savons aussi qu'il tenait compte de leur origine en matière de succession : en effet, les propres, qui provenaient des parents paternels du défunt, retournaient à la ligne paternelle et réciproquement, c'est ce qui se formulait par le brocard : *paterna paternis*, *materna maternis*. Coquille disait : « Les héritages sont affectés au lignage. » Dans toute succession où il y avait des propres, on examinait de quelle ligne ils provenaient ; or, il pouvait arriver que le testateur eût légué plus du quint des propres d'une ligne, *v. g.* de la ligne maternelle, et que cependant la quotité des propres légués n'excédât pas le quint de tous les propres réunis, *v. g.* si les legs étaient de 5,000 fr., à prendre sur les propres maternels dans une succession où les propres maternels valaient 15,000 fr. et où il y avait, en outre, 20,000 fr. de propres paternels. Les legs étant de 5,000 fr. ne dépassaient pas le quint de tous les propres réunis ; mais ils dépassaient le quint des propres maternels qui ne valaient que 15,000 fr. Que devait-on faire ? Il fallait, dans une espèce de ce genre, réduire les legs assignés sur les propres maternels au quint de ces propres, *v. g.* dans l'exemple proposé à 3,000 fr. Il y avait une coutume qui en avait une disposition expresse, c'était la coutume de Poitou, dans son article 203 :

« Si aucun a héritage procédant du branchage de son père valant cent « sols, et autres héritages procédant du branchage de sa mère valant dix « livres ; s'il donne ledit héritage valant cent sols, tel don ne vaut que « jusques au tiers dudit héritage de cent sols, sans que le donataire, pour « le surplus, puisse avoir aucun recours sur lesdits héritages valant dix « livres, procédant de la mère. »

Cet article parle de la réduction au tiers, parce qu'en Poitou la réserve des propres était de deux tiers ; dans les coutumes, qui fixaient la réserve aux quatre quints, on réduisait les legs

excessifs au quint des propres de la ligne à laquelle appartenaient les propres donnés. Lebrun[1] nous apprend que telle était la manière de procéder en usage dans le droit coutumier; car, selon lui, l'esprit de la coutume est que chaque ligne ait ses quatre quints intacts. On aurait pu, tout en réduisant les libéralités, comme nous venons de le dire, donner au légataire soit sur les biens de l'autre ligne, soit sur les meubles et acquêts, une récompense équivalente à ce qu'on lui enlevait; mais il n'en était pas ainsi, on ne donnait aucune récompense au légataire. En effet, la loi peut bien casser les dernières volontés d'un testateur qui ne l'a pas respectée; mais elle ne peut pas, lorsque le testateur a fait quelque chose qui n'était pas permis, suppléer à cette disposition par une disposition permise que le testament ne contenait pas. Quelques coutumes défendaient formellement toute récompense dans l'espèce qui nous occupe (Bretagne, 200; Maine, 339; Anjou, 324).

De cette séparation des propres en propres paternels et propres maternels, il résultait que parfois des legs de propres étaient réduits, quoiqu'ils n'excédassent pas le quint de tous les propres du défunt, il suffisait que le quint disponible des propres de l'une ou de l'autre ligne fût excédé pour que la réduction eût lieu.

Nous venons de parler de la réserve légale et de la légitime de droit, et d'indiquer comment elles se combinaient dans les coutumes où ces deux institutions coexistaient. Quelques coutumes contenaient des dispositions autres que celles dont il vient d'être question : c'étaient les coutumes appelées *de subrogation*. Si le *de cujus* ne laissait pas de propres, ces coutumes subrogeaient d'autres biens aux propres et faisaient porter la réserve légale sur les biens subrogés. En l'absence de propres, les unes leur subrogeaient les acquêts et les meubles en *total*, comme dit Pothier, les autres subrogeaient d'abord les acquêts, et ne subrogeaient les meubles que s'il n'y avait pas d'acquêts. Ainsi, les coutumes d'Anjou (349) et du Maine (352), en l'absence de propres, réservaient les deux tiers des acquêts, et en l'absence d'acquêts elles réservaient la moitié des meubles. Pour que la subrogation eût lieu, fallait-il qu'il n'y eût pas du tout de propres ou suffisait-il qu'ils fussent dans une proportion excessivement restreinte relativement au reste de la succession? C'est ce que

[1] *Des Successions*, liv. II, ch. IV, nomb. 21 et suiv.

l'on exprimait de cette manière : suffit-il que le défunt laisse des propres en qualité ou des propres en quantité ? Cette question divisait extrêmement l'ancienne jurisprudence. Des auteurs recommandables et dont l'opinion faisait autorité [1] soutenaient que, les coutumes parlant de l'absence de propres et ne parlant pas de l'insuffisance, il fallait, sous peine de tomber dans l'arbitraire et de ne savoir où s'arrêter, s'en tenir à une observation littérale. Ils prétendaient donc que la subrogation ne devait pas avoir lieu lorsque le défunt laissait des propres de qualité, de quelque mince valeur d'ailleurs que fussent ces propres. Mais l'opinion de ceux qui voulaient qu'on appliquât la subrogation lorsqu'il n'y avait pas de propres de quantité finit par triompher. N'y avait-il pas lieu, en effet, de subroger les acquêts, lorsque le *de cujus* ne laissait qu'un propre insignifiant, un pouce de terre, par exemple. Cette dernière opinion était celle de Dumoulin [2] et de Lebrun [3]. Dumoulin, en s'occupant de cette question, dit que la subrogation ne peut être empêchée que par la présence dans la succession d'un propre important : « *Scilicet notabile, non enim* « *intelligitur de vili cespite terræ ; verba cum effectu notabili acci-* « *pienda.* »

La subrogation des acquêts aux propres et des meubles aux acquêts avait été introduite bien plus dans l'intérêt des collatéraux que dans celui des descendants : car ces derniers auraient toujours obtenu une partie notable de la succession paternelle, par la légitime de droit. Nous verrons, en effet, quand nous exposerons les différences de la réserve et de la légitime, que la réserve passait aux collatéraux, tandis que la légitime ne profitait qu'aux enfants. Les coutumes de subrogation s'étaient préoccupées de l'intérêt de la famille encore plus que les autres coutumes, et, si l'on pouvait parler ainsi, nous dirions qu'elles étaient plus coutumières que les autres.

Dans les coutumes de subrogation, quand il n'y avait aucun article qui fixât la légitime, on prenait pour légitime celle de l'art. 298 de la coutume de Paris [4]. On peut se demander comment il se faisait que dans les coutumes de subrogation il y eût

[1] Vigier sur l'art. 49 d'Angoumois; Saint-Vast sur 352 du Maine; Louet; D. 45.

[2] Sur l'art. 49 d'Angoumois.

[3] *Successions*, liv. II, ch. IV, nomb. 38 et suiv.

[4] Espiard de Saulx sur Lebrun, liv. II, ch. III, sect. III, nomb. 12.

lieu d'accorder une légitime aux enfants. Prenons, par exemple, la coutume d'Anjou qui, en cas d'absence de propres et d'acquêts, réservait la moitié des meubles. Si, en vertu de cette disposition, les enfants trouvent dans leur réserve la moitié des meubles, là où il n'y a ni propres ni acquêts, il semble que la légitime ne leur sera nullement utile à réclamer, car elle ne leur donnera aussi que la moitié de la part à laquelle ils auraient eu droit. Cependant, dans une succession toute mobilière et sous l'empire de la coutume d'Anjou, l'enfant pouvait trouver avantage à demander sa légitime. En effet, les coutumes de subrogation appliquaient aux biens subrogés les règles des propres; il en résultait que, lorsqu'en l'absence de propres et d'acquêts les meubles étaient atteints par la subrogation, la coutume ne s'occupait que des meubles existants et non de ceux qui avaient été donnés entre-vifs. Au contraire, pour calculer la légitime, on comptait dans la masse les biens dont il avait été disposé entre-vifs. Ainsi, si le défunt avait donné 30,000 livres de son vivant, et s'il laissait 30,000 autres livres, la part des légitimaires était de la moitié de toutes ces sommes réunies, soit 30,000 livres. Dans la coutume d'Anjou, c'étaient seulement les 30,000 livres possédées par le *de cujus* à son décès qui étaient frappées par la subrogation, et c'était seulement sur cette somme que l'on calculait la réserve, qui se trouvait être de 15,000 livres, puisque la coutume d'Anjou, dans le cas de subrogation des meubles, en réservait la moitié. On voit que, dans ce cas, la légitime était plus avantageuse pour les enfants que la réserve coutumière.

Dans les coutumes qui, avant d'arriver aux meubles, subrogeaient les acquêts aux propres, il pouvait y avoir souvent lieu d'appliquer la légitime. Ainsi, s'il y avait des acquêts subrogés, il pouvait arriver que les quatre quints ou les deux tiers réservés, selon les diverses coutumes, fussent inférieurs à la légitime, s'il se trouvait dans la succession une quantité considérable de meubles. Supposez une succession de 300,000 livres, composée de 100,000 livres d'acquêts et de 200,000 livres de meubles, la coutume locale réserve les quatre quints des acquêts qui sont frappés de subrogation, puisqu'il n'y a pas de propres; la réserve est donc de 80,000 livres. Evidemment les enfants ont intérêt à réclamer l'application de l'art. 298 de la coutume de Paris; en effet, la légitime leur produira 150,000 livres. D'après l'explica-

tion que nous avons donnée précédemment, ils prendront d'abord leur réserve des quatre quints dans les acquêts subrogés et ensuite ils prendront à titre de légitime la différence entre la somme de la réserve et celle de la légitime. Dans cette circonstance encore, il y avait lieu d'appliquer, sous l'empire des coutumes de subrogation, les dispositions concernant la légitime de droit.

Nous avons dit plus haut qu'à raison des principes qui régissaient la succession des propres dans le droit coutumier, il fallait considérer les propres de chaque ligne comme constituant une succession à part, et rechercher si chaque ligne avait les quatre quints des propres qui lui revenaient. Dans les coutumes de subrogation, il ne suffisait pas que le *de cujus* laissât des propres pour empêcher la subrogation d'avoir lieu; il fallait qu'il laissât des propres dans les deux lignes. Supposez dans la coutume d'Anjou une succession composée de propres paternels et de meubles, voici ce qui arrivait : la subrogation avait lieu pour la ligne maternelle seulement. Si le défunt n'avait laissé de propres dans aucune ligne, la moitié des meubles eût été subrogée et réservée, et les deux lignes se seraient partagé cette réserve, de façon que chacune aurait eu le quart des meubles. Comme dans l'espèce posée, la ligne paternelle n'a rien à prétendre dans les meubles, puisqu'elle a des propres, il s'agit seulement d'assurer à la ligne maternelle ce que la coutume lui départit, c'est-à-dire un quart des meubles subrogés. En conséquence, dans la coutume d'Anjou, toute personne, qui laissait des propres dans une ligne et des meubles, pouvait disposer des trois quarts des meubles; sauf, toutefois, l'application de la légitime de droit. Cette opinion n'était pas toutefois admise sans conteste. Les auteurs étaient partagés; il y en avait[1] qui prétendaient que, lors même qu'il y avait des propres dans une ligne, il ne fallait pas diminuer de moitié le quantité des meubles qui, par suite de la subrogation, étaient réservés à l'autre ligne. La coutume de Poitou contenait, en effet, une disposition expresse à cet égard dans son article 217 : prévoyant cette espèce de deux lignes, l'une ayant des propres, l'autre n'en ayant point, elle décidait que la moitié des meubles qu'elle réservait au lieu des propres serait subrogée tout entière au profit de la ligne qui n'avait point de

[1] Lebrun, liv. II, ch. IV, nomb. 59.

propres. Invoquer cet article de la coutume de Poitou, c'était reculer la question et non pas la résoudre; c'était poser la question de savoir si la disposition de l'article 217 de cette coutume devait être étendue aux autres coutumes de subrogation. Nous n'avons pas de parti à prendre entre les deux opinions que nous venons de mentionner, nous ferons seulement remarquer que, dans les deux cas, la portion disponible n'était pas la même. L'opinion que nous venons d'exposer en second lieu la réduisait des trois quarts à la moitié des meubles.

Jusqu'à présent, dans ce chapitre, nous avons parlé du droit de disposer des père et mère et des restrictions que la réserve coutumière et la légitime de droit y avaient apportées, tant dans les coutumes ordinaires que dans les coutumes de subrogation. Tout ce que nous avons dit s'applique au droit de disposer en faveur d'un étranger. Examinons maintenant quelles étaient les dispositions des coutumes relativement aux libéralités que le père pouvait faire à un de ses enfants. Pouvait-il disposer, en faveur d'un de ses enfants, de la portion de ses biens qu'il aurait pu donner à un étranger?

Le vieux droit français, dont nous nous sommes occupés dans le chapitre précédent, voulait que l'égalité la plus parfaite régnât entre les enfants. Nous avons rappelé cette disposition du grand coutumier : « Ne père ne mère à leur fin ne peuvent faire aucun « de leurs enfants de meilleure condition l'un que l'autre. » Toutes les coutumes ne conservèrent pas ce principe intact, et elles se divisèrent sur la question que nous venons d'indiquer; on les classait en trois catégories [1] :

Il y avait : 1° Les coutumes d'égalité parfaite, qui défendaient tout avantage fait à un enfant au préjudice des autres. Elles obligeaient les enfants avantagés entre-vifs de rapporter leurs dons quand même ils renonçaient à la succession (Maine, 346; Touraine, 309; Anjou, 334; Dunois, 64 [2].) Dans ces coutumes, tout ce qu'un enfant avait reçu de ses père et mère, soit par donation entre-vifs, soit par donation à cause de mort, soit par testament, s'imputait sur sa légitime.

2° La seconde catégorie était celle des coutumes de préciput, ainsi nommées parce qu'elles permettaient au père de famille

[1] Pothier, *Successions*, ch. IV, art. 2, § 1.
[2] Cf. Loi du 17 nivôse an II, art. 9.

d'avantager un ou plusieurs de ses enfants jusqu'à concurrence de la quotité disponible. Le père, en faisant la donation, pouvait dispenser l'enfant donataire du rapport ; en ce cas, la donation était respectée, tant qu'elle n'excédait pas la quotité disponible. Dans ces coutumes de préciput, le père pouvait laisser à ses enfants ce dont il lui était permis de disposer en faveur des étrangers (Berri, titre XIX, art. 42; Bourbonnais, 308; Nivernais, chap. XXVII, art. 7 et 11[1]) ; et l'on n'imputait sur la légitime que les libéralités qui, n'étant pas faites par préciput, constituaient des avancements d'hoirie.

3° La troisième catégorie était celle des coutumes que M. Coin-Delisle[2] appelle à juste titre coutumes d'option. Elles prohibaient toute donation faite par préciput et avec dispense de rapport ; puis, par une sorte de contradiction, elles permettaient à l'enfant avantagé de retenir son don en renonçant à la succession, sauf toutefois le droit de légitime des autres enfants. Dans ces coutumes, comme dans celles de la première classe, on imputait sur la légitime tout ce que les enfants avaient reçu à titre gratuit *ex substantiâ patris.* Les coutumes de Paris et d'Orléans étaient placées dans cette dernière catégorie.

De toutes ces coutumes, celles d'égalité parfaite avaient mieux conservé le caractère coutumier ; celles de préciput avaient mieux compris l'administration de la famille et l'autorité que le chef doit y avoir; elles avaient senti qu'il fallait permettre au père de récompenser ceux de ses enfants qui lui avaient donné le plus de sujets de contentement. Coquille, faisant à cet égard ressortir l'avantage des coutumes de préciput, dit en parlant des coutumes d'égalité parfaite :

« Et est l'inconvénient plus grand en ce que les enfans, se sentant assu-
« rés qu'on ne peut leur diminuer la portion héréditaire, n'auront soin de
« gaigner et entretenir les bonnes graces de leurs père et mère par services
« obséquieux, pour obtenir d'eux honneste récompense..... Et les enfans
« pourroient dire ne tenir rien par bienfait de leurs pères, qui leur au-
« roient laissé ce qu'ils ne pouvoient leur oster..... Donques est louable
« nostre coustume qui conserve aux père et mère leur liberté naturelle de
« pouvoir disposer de leurs biens entre leurs enfans, sauve la légitime. »

Les coutumes d'option semblaient en ce point conformes aux

[1] Cf. Code Nap., 919.

[2] *Limite du droit de rétention de l'enfant donataire renonçant*, nomb. 22.

coutumes de préciput ; mais il y avait entre les unes et les autres une grande différence, c'est que, dans les dernières, l'enfant avantagé ne pouvait retenir son don que si le père donateur avait indiqué qu'il donnait hors part et par préciput, tandis que, dans les coutumes d'option, c'était l'enfant qui pouvait lui-même se dispenser du rapport. Le père savait que la coutume obligeait l'enfant donataire au rapport ; il pensait que la donation qu'il faisait à son fils en avancement d'hoirie serait rapportée à sa succession ; et si l'enfant donataire renonçait à la succession de son père, le rapport n'avait pas lieu. La coutume de Paris ne permettait pas au père de famille de donner à l'un de ses enfants avec dispense de rapport, de sorte qu'elle regardait toutes les donations entre-vifs faites aux enfants comme des avancements d'hoirie. Il résultait de là que l'article 307 de cette coutume, en permettant à l'enfant avantagé de garder son don s'il renonçait à la succession, permettait à l'enfant de se dispenser de rapporter un avancement d'hoirie ! L'article 307, qui produisait de telles conséquences, avait été inséré dans la coutume lors de la réformation de 1580. L'ancienne coutume ne contenait aucune disposition à cet égard, et, sous son empire, on faisait une distinction entre les donations faites en avancement d'hoirie et les donations, qui étaient la récompense des services rendus. C'étaient ces dernières seulement que les auteurs, et notamment Dumoulin, permettaient de retenir. La doctrine de Dumoulin sur cette question était très-logique ; il disait[1], dans le cas où la donation était faite *in anticipationem successionis :*

« Si filius donatarius non velit esse heres, resolvitur donatio tanquam « causa finali non secuta, et res revertetur ad corpus successionis..... Non « licet igitur filio hoc casu se tenere ad donationem sibi factam, absti- « nendo a successione ; sed necesse habet, vel adire, vel rem donatam res- « tituere... »

Mais dans le cas où la donation était faite en récompense de services rendus, Dumoulin ajoutait :

« Liberum est filio, si velit abstinere se ab hereditate donatoris et dono « suo se contentare, nec tenebitur ad aliqua onera hereditaria. »

Cette distinction de Dumoulin était bonne ; mais tout le monde n'avait pas la justesse d'esprit de ce jurisconsulte ; on voulut faire mieux que lui et on fit plus mal. On recourut au droit ro-

[1] Sur l'ancienne coutume, art. 17, § 4.

main, on trouva au Code une constitution ainsi conçue : « Ex « causa donationis tibi quæsita, si avi successionem respueris, « conferre fratribus compelli non potes[1]. » On la traduisit ainsi : *repudians hereditatem non tenetur ad collationem ;* on l'érigea en axiome et on le transporta dans le droit coutumier, sans se demander si c'était le cas de faire un pareil emprunt. Qu'importait d'ailleurs l'opportunité ! qu'importait l'hérésie que l'on commettait en voulant appliquer au droit coutumier les principes romains ! On avait trouvé un brocard, et, au seizième siècle, pour beaucoup de gens avoir un brocard c'était être dispensé d'avoir des raisons. Le 29 août 1571, un arrêt cita ce brocard et jugea que tout donataire, quelle que fût la cause de sa donation, pouvait retenir son don en renonçant à la succession. La jurisprudence se forma en ce sens, et, lors de la réformation de 1580, la jurisprudence passa dans la coutume. L'empereur Dioclétien ne se doutait guère, en écrivant la constitution citée plus haut, qu'à la fin du seizième siècle il serait la cause indirecte d'une atteinte portée à l'esprit du droit coutumier français.

L'article 307, tout en permettant à l'enfant avantagé de retenir son don s'il renonçait à la succession du père, avait sauvegardé le droit de légitime des autres enfants. Mais il n'avait pas établi que l'enfant renonçant serait réduit à la quotité disponible ; de sorte que cet enfant faisait part, et que, comme ses frères ne pouvaient rien prétendre sur sa part de légitime, il se trouvait cumuler une part dans la légitime avec toute la quotité disponible. Prenons un exemple : Un père laisse 30,000 livres et trois enfants, la légitime de chacun est de 5,000. Supposez un des trois enfants donataire de 25,000 livres ; cet enfant, s'il renonce, devra rendre 5,000 livres pour la légitime de ses frères. Remarquez, dans cette espèce, que l'enfant avantagé garde, outre la portion disponible qui est de 15,000 livres, 5,000 livres qui représentent sa part afférente dans la légitime. C'est qu'on pouvait prendre la légitime à quelque titre que ce fût ; ici l'enfant la prend à titre de donataire. Outre la portion disponible, il garde une part d'enfant dans la légitime. Voici pourquoi : C'est que ses frères ne peuvent attaquer les donations que dans les limites de ce qui leur est dû, il en résulte que leur légitime complétée, les donations deviennent inattaquables pour le surplus. Dans

[1] L. 25, *Familiæ erciscundæ*, Code III, 36.

l'espèce, comme il reste 5,000 livres dans la succession, ils n'ont qu'une action en supplément pour 5,000 autres livres. Cette action exercée, leur droit se trouve épuisé. L'enfant donataire peut alors garder plus que la portion disponible, parce que les autres ont obtenu tout ce qu'ils pouvaient prétendre. Lorsqu'au lieu de la légitime il s'agissait de la réserve, il n'en était plus de même; l'enfant donataire ne pouvait, outre la portion disponible, retenir sa part dans la réserve. En effet, on ne pouvait recueillir la réserve qu'à titre d'héritier; or, si l'enfant avantagé renonçait, il n'était pas héritier et ne pouvait, par conséquent, rien prendre dans la réserve ; si, au contraire, il se portait héritier, il devait rapporter son don, et alors il avait bien sa part dans la succession, mais il n'avait rien de plus que les autres enfants. Aujourd'hui, sous le Code Napoléon, on soulève la question de savoir si l'enfant donataire renonçant peut retenir sur son don, outre la portion disponible, une part dans la réserve. Cette question se résoud par cette autre question : le Code Napoléon a-t-il établi en faveur des enfants une légitime ou une réserve ? L'examen de cette question nous entraînerait hors de notre sujet.

Recherchons maintenant en faveur de quelles personnes notre ancien droit défendait de disposer des biens compris, soit dans la réserve, soit dans la légitime.

Le droit coutumier n'admettait pas l'institution d'héritier; pour lui le véritable héritier, c'était l'héritier du sang et non pas celui que le testateur avait désigné. Il voulait conserver les biens dans les familles ; c'était pour cela qu'il avait établi la règle : *paterna paternis, materna maternis*, le retrait lignager et la réserve des quatre quints. Il avait fait des héritiers que la volonté de l'homme ne pouvait défaire; il disait : *le mort saisit le vif, son hoir le plus proche*. L'attribution de la réserve se faisait suivant les règles de la succession *ab intestat*. Les biens réservés étaient, pour ainsi dire, frappés d'une substitution à l'infini en faveur des membres de la famille, descendants ou collatéraux. Comme conséquence de ces idées conservatrices et par suite des principes de la saisine, le droit coutumier admit que tout héritier, quel que fût son degré de parenté, avait droit à la réserve. On ne faisait pas de distinction entre les descendants et les collatéraux. Mais les ascendants n'étaient pas réservataires, parce qu'ils n'étaient pas héritiers des propres; en effet, on disait : *propres ne remontent point*.

La légitime de droit avait un autre but que la réserve : elle avait été instituée comme conséquence de l'obligation alimentaire qui existe entre certaines personnes. Aussi profitait-elle surtout aux descendants et aux ascendants ; car les parents ont bien le droit, dans leurs vieux jours, de demander à leurs enfants un peu de cette assistance qu'ils ont eue pour eux pendant leurs premières années. Les coutumes excluaient les ascendants de la réserve, mais la plupart d'entre elles reconnaissaient aux ascendants une légitime sur les acquêts et les meubles. Parmi les collatéraux, seuls les frères et sœurs, à qui le testament avait préféré une personne infâme, pouvaient réclamer une légitime.

Dans le dernier état du droit romain, il était important de constater combien le défunt laissait d'enfants ayant droit à la légitime, puisque la quotité disponible variait suivant le nombre des enfants. Cette constatation n'était pas aussi nécessaire dans le droit coutumier ; en effet, la quotité de la réserve coutumière était toujours la même, quel que fût le nombre des personnes qui y avaient droit ; seulement, plus elles étaient nombreuses, moins la part de chacun était considérable. Il en était de même pour la légitime ; elle était de la moitié de la part que chaque légitimaire eût recueillie dans la succession *ab intestat.* Un enfant unique eût tout recueilli, sa légitime était de la moitié du tout. Deux enfants eussent eu *ab intestat* chacun une moitié de la succession, la légitime de chacun était d'un quart ; deux quarts, c'est une moitié : on voit que de toute façon la légitime était de la moitié de la succession. Ainsi, nous pouvons dire qu'en ce qui concerne la fixation de la quotité disponible, le nombre des enfants était indifférent. Comme nous nous occupons seulement de l'histoire de la quotité disponible, nous n'avons pas à rechercher ici quels étaient ceux des enfants qui avaient droit à la légitime et quels étaient ceux qui en étaient privés ; nous nous bornerons à quelques mots sur ce sujet. Tout enfant qui se trouvait dans un cas où la loi permettait l'exhérédation pouvait être privé de la légitime ; les enfants, qui étaient entrés dans les ordres religieux, étant morts civilement, ne pouvaient élever aucune prétention soit sur la réserve coutumière, soit sur la légitime de droit ; les enfants légitimés par mariage subséquent avaient les mêmes droits que les enfants légitimes ; les enfants légitimés par lettres pouvaient être privés de la légitime, parce

que la légitimation par lettres était un contrat et que l'on pouvait mettre des conditions à un contrat. Quant aux enfants naturels, ils n'avaient pas de légitime, excepté dans l'enclave de la coutume de Valenciennes, qui, au respect de la mère, mettait les enfants naturels sur le même pied que les enfants légitimes. Elle disait [1] : « En succession maternelle, n'y a nuls bâtards, telle« ment que les bâtards naturellement, tant succèdent à leur mère, « aussi bien qu'autres enfants procréés en léal mariage. »

Pour ce qui était des filles, notre ancienne législation avait des dispositions toutes particulières. Le droit coutumier, dérivation du droit barbare, qui considérait la force physique de l'homme comme bien supérieure à la délicatesse de la femme, avait accordé de grands priviléges à la masculinité. On voyait dans le fils le continuateur de la famille, et l'on ne reconnaissait pas le même caractère à la fille ; aussi trouvait-on plus naturel de voir les biens de la famille passer entre les mains des fils qu'entre celles des filles, qui pouvaient, par un mariage, les porter dans une maison étrangère. C'est pourquoi certaines coutumes considéraient que l'obligation des père et mère vis-à-vis de leurs filles était accomplie quand elles avaient été dotées et apanagées. Les coutumes d'Anjou, du Maine et de Touraine trouvaient qu'un simple chapeau de roses était un don suffisant. Mais la fille dotée, exclue de la succession, était-elle aussi privée de sa légitime? Ici les coutumes qui prononçaient l'exclusion des filles se divisaient en trois classes : 1° celles, qui privaient la fille dotée non-seulement de sa part virile dans la succession, mais encore de sa légitime [2]; 2° celles, qui réservaient à la fille dotée le droit de demander un supplément de légitime, si sa dot était inférieure à la légitime (Nivernais, ch. XXIII, art. 24); 3° les coutumes qui, excluant les filles de la succession, ne s'expliquaient pas relativement à la légitime. Dans ces dernières, on admettait que l'exclusion de la succession s'étendait à la légitime, parce que la légitime était partie de la succession, et que le droit coutumier voulait que, pour recueillir la légitime, on eût les qualités requises pour être héritier et qu'on le fût en effet : « Non habet « legitimam, nisi qui heres », disait Dumoulin [3]. Dans les cou-

[1] Art. 121. Cf. loi du 12 brumaire an II, art. 2.
[2] Bourbonnais, 305.
[3] Sur l'art. 123. Paris.

tumes qui ne prononçaient pas l'exclusion des filles dotées, on arrivait aux mêmes résultats par les renonciations qu'on faisait faire aux filles dans leurs contrats de mariage; on les obligeait, en recevant leur dot, à renoncer à leur légitime et au supplément de légitime auquel peut-être elles auraient pu prétendre. Lorsque des renonciations de ce genre avaient eu lieu, on se demandait si la fille pouvait revenir sur sa renonciation. Dumoulin [1] tenait la négative d'une manière absolue; Coquille [2] était de cet avis, quand la fille avait été mariée *en maison honnête* et que la dot n'était pas insignifiante. Plus tard, on admit que la fille, qui se trouvait énormément lésée par la renonciation qu'on avait exigée d'elle, pouvait prendre en chancellerie des lettres contre sa renonciation, et alors elle pouvait réclamer sa légitime.

Comme dans ce travail nous nous occupons des biens dont les père et mère peuvent disposer et de ceux qui sont indisponibles entre leurs mains, nous n'omettrons pas de parler des droits particuliers à l'aîné de la famille. L'ancien droit français accordait à l'aîné une part plus considérable qu'aux puînés. Ce serait sortir de notre sujet que d'examiner quelles étaient les prérogatives de l'aînesse. Nous poserons seulement la question suivante: Que doit avoir l'aîné réduit à sa légitime? En d'autres termes: Dans quelle proportion les père et mère peuvent-ils disposer des biens compris dans le préciput de l'aîné?—Sur cette question il y avait trois opinions distinctes: 1° Certains auteurs prétendaient que l'aîné ne pouvait jamais être privé de son préciput; ils étaient donc d'avis que l'aîné, réduit à sa légitime, devait avoir son droit d'aînesse en entier sur les biens nobles, et sa légitime dans les biens roturiers, c'est-à-dire la moitié d'une part d'enfant. Cette opinion avait pour elle l'autorité de Loysel, qui dit, dans ses *Institutes coutumières* [3] : « Est ce droit d'aînesse en fief si favo-« rable, que l'on n'en peut être privé, ores qu'on y eût renoncé « du vivant de ses père et mère. » 2° D'autres auteurs pensaient que l'aîné, réduit à sa légitime, devait avoir la moitié de tout ce qu'il aurait eu sans cette réduction, c'est-à-dire la moitié des biens nobles aussi bien que la moitié des biens roturiers. Cette

[1] Sur le Conseil 180 d'Alexandre.
[2] Sur Nivernais, ch. XXIII, art. 24.
[3] Règle 621. Ed. Dupin et Laboulaye.

opinion était professée par Dumoulin [1] et par Chopin [2]. Lebrun [3] et Pothier [4] la partageaient, lorsque le légataire était un étranger; mais ils pensaient que si le légataire était un puîné, l'aîné devait avoir son droit d'aînesse intact. Dans le cas où le légataire était un étranger, l'aîné qui agissait contre lui demandait une légitime; on lui donnait alors ce que l'article 298 accordait en pareil cas. Mais si le légataire était un puîné, l'aîné agissait contre lui par une action révocatoire, l'effet de cette action ne pouvait être scindé; du moment que les donations préjudiciables à l'aîné étaient révoquées, elles devaient l'être pour le tout. 3° Enfin, la troisième opinion accordait à l'aîné la moitié de sa part, tant dans les biens nobles que dans les biens roturiers, sauf le principal manoir que les sectateurs de cette opinion laissaient à l'aîné sans aucune diminution. Nous n'avons pas à prendre parti aujourd'hui entre ces trois opinions; qu'il nous suffise de les avoir exposées.

Puisque nous venons de nous occuper du droit d'aînesse, c'est le cas de parler de l'art. 17 de la coutume de Paris. D'après cet article, si le défunt ne laissait que des biens destinés par leur nature à passer à l'aîné, les autres enfants pouvaient, nonobstant la coutume qui attribuait ces biens à l'aîné, poursuivre leur légitime sur ces biens, même s'il n'y avait qu'un manoir. Le manoir pouvait dans ce cas être divisé; toutefois, l'aîné avait la faculté d'en empêcher le partage en fournissant aux puînés leur légitime en argent. Loysel disait [5] : « Quand le fief consisterait en un hôtel, il le prendrait entier lui seul, la légitime des autres sauve.» Dans cette circonstance, la coutume avait placé le droit naturel des puînés au-dessus des préjugés féodaux.

Pour compléter ce que nous avons dit jusqu'ici sur le droit de disposer des père et mère, et des limites apportées à ce droit, il nous reste à parler du douaire propre aux enfants, de l'édit des secondes noces et du droit de dévolution des coutumes du Nord. Mais avant d'entamer ces différents sujets, et au moment de terminer ce qui est relatif à la réserve et à la légitime proprement dites, nous allons essayer une comparaison de ces deux institutions.

[1] Sur l'art. 216 de l'ancienne coutume d'Orléans.
[2] Liv. II, tit. III, nomb. 12.
[3] Liv. II, ch. II, sect. I, nomb. 20.
[4] Cout. d'Orl., Des fiefs, n° 311.
[5] *Inst. cout.*, règle 616.

La réserve coutumière tire son origine du droit germanique ; la légitime vient du droit romain.

La réserve est établie dans l'intérêt de la conservation des biens de la famille ; la légitime n'est établie que pour assurer du pain aux personnes auxquelles le *de cujus* est lié par des obligations plus étroites. Aussi la réserve a lieu au profit des collatéraux jusqu'au degré le plus reculé, tandis que la légitime ne peut être réclamée que par les personnes auxquelles le défunt devait l'obligation alimentaire.

La réserve est une succession que la coutume défère aux héritiers du sang, comme si le *de cujus* était mort intestat : aussi les réservataires ont-ils la saisine de plein droit ; aussi agissent-ils contre les légataires par une action révocatoire. Une autre conséquence encore de ce caractère de la réserve, c'est qu'on lui applique la règle des successions : *propres ne remontent point*, et que la coutume ne classe pas les ascendants parmi les réservataires. On leur reconnaissait seulement un droit de retour sur les biens par eux donnés.

La légitime est une quotité de biens qui est due à certaines personnes ; elle peut être laissée à quelque titre que ce soit. En principe, le légitimaire n'a pas la saisine, puisqu'il agit par la querelle d'inofficiosité, qui est une sorte de pétition d'hérédité. Aussi déroge-t-on aux principes quand, dans les derniers temps du droit coutumier, on admet que le légitimaire est saisi de sa légitime. La légitime, n'étant pas une succession comme la réserve, mais bien une créance alimentaire, on ne lui applique pas les règles de la succession coutumière, et dans la plupart des coutumes, on reconnaît aux ascendants une légitime sur les meubles et les acquêts.

La réserve ne frappe que les propres, et ce n'est que par exception que, dans quelques coutumes, elle atteint les meubles et les acquêts.

La légitime se calcule sur tous les biens, quelles que soient leur nature et leur origine.

Pour terminer cette comparaison, nous ne pouvons mieux faire que de citer un passage où Lebrun [1] expose avec une grande lucidité le caractère particulier de chacune des deux institutions dont nous nous occupons :

[1] *Successions*, liv. II, chap. III, sect. III, nomb. 18.

« ..... Il y a deux légitimes qui n'ont rien de commun entre elles; l'une
« que l'on peut appeler *coutumière*, qui consiste à retrancher les disposi-
« tions qui excèdent ce dont il est permis de disposer par la coutume, et
« l'autre que l'on peut appeler *légitime de droit*, qui donne aux enfants ce
« que leur père leur a dû laisser, et retranche les donations qui entament
« cette portion légitime. La première est commune aux collatéraux et aux
« enfants; la seconde est particulière aux enfants. Dans la première, on
« restreint en général la faculté de disposer; et dans la seconde, on donne
« un droit à certaines personnes en particulier sur les biens du défunt,
« dont elles se vengent sur ses dispositions. La prohibition d'aliéner les
« propres au delà d'une certaine quantité est un établissement à peu près
« semblable à la falcidie, quoiqu'il ait pour motif l'intérêt des familles, au
« lieu que la légitime est du droit naturel; et il n'est pas vrai de dire que
« la légitime coutumière tienne lieu de la légitime de droit, mais seule-
« ment qu'elle s'impute sur la légitime de droit, c'est-à-dire que si, par
« exemple, le testateur avait donné entre-vifs au delà de ce qu'il est permis
« de disposer par la coutume, le légitimaire serait tenu de faire réduire
« cette disposition avant de s'adresser au légataire universel, et après cette
« réduction il en imputerait le profit sur la légitime de droit. »

A. — *Du douaire.*

Chez les Wisigoths, la femme veuve ne pouvait disposer que d'un quart des biens qui lui avaient été donnés par son mari: les trois autres quarts étaient réservés aux enfants issus du mariage.

Dans la coutume de Paris on disait qu'il y avait trois légitimes : la réserve coutumière des quatre quints, la légitime de droit et le douaire.

Le douaire, c'était une portion des biens du mari que la coutume ou la convention attribuait à la femme. Le douaire de la coutume de Paris était de la moitié des héritages propres qui appartenaient au mari au jour des épousailles, et de ceux qui lui étaient échus par succession constant le mariage (art. 248). Le douaire conventionnel était celui que les époux fixaient par leur contrat, lorsqu'ils ne voulaient pas accepter le douaire de la coutume ; on nommait aussi ce douaire : douaire préfix, parce qu'il était d'une somme fixée à l'avance. La plupart des coutumes regardaient le douaire comme viager à la femme ; quelques-unes seulement accordaient aux enfants un droit sur le douaire; mais dans toutes on pouvait stipuler que le douaire reviendrait aux enfants, excepté toutefois dans la coutume de Bretagne [1].

[1] Hevin, *Consult.*, 98-99.

Parmi les coutumes qui admettaient le droit des enfants sur le douaire, nous trouvons la coutume de Paris (art. 249) et la coutume de Nivernais (ch. XXIV, art. 8).

L'art. 249 de la coutume de Paris disait :

« Le douaire coustumier de la femme est le propre héritage des enfans « venant dudit mariage ; en telle manière que les père et mère desdits en- « fans, dès l'instant de leur mariage ne le peuvent vendre, engager ni « hypothéquer au préjudice de leurs enfants. »

Et la coutume de Nivernais disait aussi :

« Douaire de mère coustumier ou convenu est l'héritage des descendans « dudit mariage : en telle manière que les père et mère ny l'un d'eux ne le « peuvent aliéner au préjudice et sans le consentement desdits descen- « dans. »

Les père et mère ne pouvaient donc pas disposer du douaire ; c'est pour cela que, dans ce travail où nous recherchons de quelle partie de leurs biens les père et mère peuvent disposer, nous croyons qu'il n'est pas déplacé de parler des droits des enfants sur le douaire de leur mère.

Les enfants étaient créanciers de leur père jusqu'à concurrence de la valeur du douaire ; mais, pour pouvoir exercer leur créance, il fallait qu'ils renonçassent à la succession de leur père ; car, en cas d'acceptation, il y avait confusion entre la succession de leur père et eux-mêmes. C'est pour cela que la coutume de Paris disait (art. 251) : « Nul ne peut être héritier « et douairier ensemble, pour le regard du douaire coutumier « ou préfix. » Il ne faudrait pas croire qu'en se portant héritiers, les enfants perdissent toute espèce de droit sur les biens compris dans le douaire. Ces biens rentraient dans la masse de la succession, où ils ne se distinguaient plus des autres, et s'il n'y avait ni créanciers ni donataires, les enfants recueillaient les biens qui avaient composé le douaire, à titre héréditaire. L'acceptation de la succession du père ne faisait perdre aux enfants que leur qualité de créanciers privilégiés sur le douaire de leur mère. C'est ce qu'expliquait la coutume de Valois dans son art. 111, ainsi conçu : « Aucun ne peut être héritier du père et « douairier de la mère ; mais, en acceptant la succession du père, « la part et portion dudit douaire contingente audit acceptant « est confuse en ladite succession en sa personne. » Les dispositions des coutumes, qui attribuaient le douaire aux enfants, ne

leur profitaient que dans le cas où ils répudiaient la succession de leur père, c'est-à-dire quand cette succession était mauvaise : c'est que les coutumes, protectrices de l'intérêt des familles, avaient voulu, lorsque le père laissait des affaires embarrassées, assurer une dernière ressource aux enfants. Dans une succession, où le passif excédait l'actif, les dispositions relatives à la réserve et à la légitime étaient impuissantes, et l'avenir des enfants était compromis. En leur reconnaissant une créance privilégiée sur le douaire, le droit coutumier avait trouvé un moyen de protéger les enfants contre la mauvaise gestion ou contre les malheurs de leur père : il faut le dire, ce moyen avait quelque chose d'inique, puisqu'il sacrifiait les créanciers, mais il était politique, et c'est sous ce rapport que Coquille l'approuve [1] :

« Cette provision de faire le douaire héritage des enfans est très-poli-
« tique, afin que les enfans soient asseurez d'avoir quelques biens pour
« s'entretenir, et conserver l'honneur de la maison en laquelle ils sont nez,
« quelque inconvénient de perte de biens qui advienne à leur père. »

Le droit des enfants sur le douaire prenait naissance à la célébration du mariage, puisqu'à partir de ce moment les père et mère ne pouvaient plus disposer librement des biens compris dans le douaire. Quelques auteurs concluaient de là que les enfants étaient propriétaires du douaire et que les parents n'en étaient qu'usufruitiers ; mais c'était là une erreur, car si les enfants mouraient avant le père, les aliénations faites par le père, de leur vivant, devenaient *fermes*, comme dit Coquille, puisqu'il n'y avait personne pour les révoquer. Les enfants n'étaient que créanciers du vivant de leur père, c'était seulement à la mort du père que le droit de créance se convertissait en droit de propriété. Cette conversion avait lieu en ce moment, encore que la mère fût vivante ; en effet, le père mort, les enfants pouvaient disposer de leur part de douaire, sauf le droit d'usufruit de la mère. Dumoulin dit à cet égard [2] :

« Post mortem patris, filius, non heres patris, est dominus duarii, et
« potest partem suam cedere, vendere et ad heredes et causam habentes
« transmittere, quia jam habet rem certam, pure, nec intelligitur si su-
« pervivat matri, quia non capit a matre, sed a patre per consuetudinem. »

Le douaire se partageait également entre les enfants, de sorte

[1] Sur Nivernais, ch. XXIV, art. 8.
[2] Sur l'ancien art. 137 de Paris.

que l'aîné ne pouvait prétendre aucune prérogative sur le douaire; c'était là le droit commun. Cependant quelques coutumes admettaient que le douaire se partageait sans préjudicier au droit des aînés (Normandie, 402; Etampes, 132; Melun, 97; Valois, 112). Mais l'art. 250 de la nouvelle coutume de Paris n'accordait sur le douaire aucun préciput à l'aîné; l'ancienne coutume n'avait pas de disposition à cet égard, cependant, sous son empire, les jurisconsultes approuvaient l'égalité dans le partage du douaire, et c'était notamment l'avis de Dumoulin, qui disait [1] :

« In terminis consuetudinis parisiensis, habes antiquum arrestum de « Montmorency, quod in capita dividitur inter non heredes patris, quia « capiunt jure contractus et non jure successionis. »

Lorsque quelques enfants acceptaient la succession à laquelle les autres renonçaient, les enfants renonçants ne profitaient pas de l'acceptation des autres. En effet, pour partager le douaire, on faisait autant de parts qu'il y avait d'enfants soit renonçants, soit acceptants. Ceux qui renonçaient prenaient chacun une part dans le douaire, et les parts qui seraient revenues aux enfants héritiers, si eux aussi ils eussent renoncé, rentraient dans la masse des biens de la succession.

Nous ne parlerons pas plus longtemps du douaire, nous voulions seulement indiquer que dans certaines coutumes, outre la réserve coutumière et la légitime de droit, il y avait une troisième légitime, et que cette troisième légitime c'était le douaire.

Passons à présent aux restrictions apportées au droit de disposer par l'édit des secondes noces.

B. — *De l'édit des secondes noces.*

En droit romain, il existait une constitution célèbre de l'empereur Léon, appelée la loi : *Hac edictali* [2], qui défendait à toute personne, homme ou femme convolant en secondes noces, de donner au second conjoint plus qu'une part d'enfant le moins prenant. Cette constitution avait été rendue, parce que souvent, au moment de contracter un nouveau mariage, les époux, aveuglés par la passion, sacrifiaient les intérêts des enfants du premier

[1] Sur l'art. 112 de la cout. de Valois.
[2] L. 6, *De secundis nuptiis*, Cod. v, 9.

lit. Dans le principe, notre droit coutumier ne contenait aucune disposition analogue à la loi : *Hac edictali*. Mais des abus se produisirent et il devint nécessaire d'y porter remède. On trouva qu'il était dangereux de permettre à une personne qui convolait à de secondes noces de donner toute la portion disponible à son nouveau conjoint. Sous François II, Marie d'Alègre, mère de sept enfants, épousant en secondes noces Georges de Clermont, lui fit une donation exagérée : la légitime de chacun des enfants du premier lit était, puisqu'ils étaient sept, de la moitié d'un septième ou d'un quatorzième, et le second mari pouvait à lui seul avoir la moitié de la fortune de sa femme. Evidemment c'était la passion du moment qui avait égaré cette femme. L'Hospital, alors chancelier de France, jugea prudent d'introduire dans notre droit les dispositions de la loi : *Hac edictali* : il publia immédiatement un édit, que l'on désigne, d'après son objet, sous le nom d'*édit des secondes noces*. Cet édit contenait deux chefs.

Le premier fixait la portion disponible qu'une femme se remariant pouvait donner à son second époux.

Le second établissait une réserve spéciale pour les enfants du premier lit.

Voici les termes du premier chef :

« Les femmes veuves ayant enfants ou enfants de leurs enfants, si elles « passent à nouvelles noces, ne peuvent et ne pourront en quelque fa« çon que ce soit donner de leurs biens meubles, acquêts ou acquis d'ail« leurs que leur premier mari, ni moins leurs propres à leurs nou« veaux maris, père, mère ou enfants desdits maris, ou autres personnes « qu'on puisse présumer être par dol ou fraude interposées, plus qu'à un « de leurs enfants ou enfants de leurs enfants. Et s'il se trouve division « inégale de leurs biens faite entre leurs enfants, les donations par elles « faites à leurs nouveaux maris seront réduites et mesurées à la raison « de celui des enfants qui en aura le moins. »

L'édit ne parlait que des femmes ; on ne faisait pas difficulté pourtant de l'appliquer aux hommes, et l'on s'autorisait pour cela de la loi : *Hac edictali*, qui statuait d'une manière générale sans acception de sexe [1]. On peut donc dire qu'en cas de second mariage, la portion dont il était permis d'avantager son second conjoint n'était que d'une part d'enfant le moins prenant : de sorte que si un enfant se trouvait réduit à sa légitime,

[1] Arrêt du 23 mai 1586, rapporté par Tournet sur l'art. 279 de la cout. de Paris. Voy. Ferrières, sur l'art. 279.

le second conjoint ne pouvait recevoir aucune donation plus considérable que cette légitime.

Lorsque la succession d'une personne qui s'était mariée deux fois venait à s'ouvrir, on commençait par exercer la réserve des quatre quints, puisque cette réserve se prenait toujours à titre héréditaire, comme si le *de cujus* fût mort intestat. Ensuite, si cette réserve n'égalait pas la quotité de la légitime de droit, on réduisait les donations jusqu'à ce qu'on eût parfait cette légitime, et cette réduction pouvait, s'il y avait lieu, atteindre le don fait au second époux. Enfin, si, après avoir ainsi opéré, le second conjoint se trouvait avoir plus que l'enfant le moins prenant, on réduisait, selon l'édit des secondes noces, le don qui lui avait été fait.

Pour profiter du retranchement de l'édit des secondes noces, était-il nécessaire d'être héritier? ou bien le titre d'enfant suffisait-il pour que l'on pût invoquer le bénéfice de l'édit? Cette question divisait les auteurs et la jurisprudence[1]. Il en était de même de celle de savoir si le retranchement profitait aux enfants du second lit comme à ceux du premier. Qu'il nous soit permis d'indiquer seulement ces questions sans exposer l'état de la discussion ; notre sujet ne consiste qu'à étudier les limites apportées à la faculté de disposer. Nous venons de voir quel avait été à cet égard l'effet du premier chef de l'édit de 1560 ; passons au second.

Ce second chef établissait une réserve en faveur des enfants du premier lit. Voici les propres termes de l'ordonnance :

« Au regard des biens à icelles veuves acquis par dons et libéralités de
« leurs défunts maris, elles n'en peuvent et ne pourront faire aucune part
« à leurs nouveaux maris; ains elles seront tenues les réserver aux enfans
« communs d'entre elles et leurs maris, de la libéralité desquels iceux biens
« leur seront avenus. Le semblable doit être gardé ès biens qui seront venus
« aux maris par dons et libéralités de leurs défuntes femmes, etc. »

Ce second chef prohibait toute sorte d'aliénation et de disposition des objets donnés par le premier conjoint : il parlait bien spécialement du second époux, mais les donations en faveur des autres personnes n'en étaient pas moins défendues, puisque l'édit réservait aux enfants du premier lit les biens donnés par le premier époux.

[1] Lebrun, liv. II, chap. III, sect. I, n° 9, et chap. VI, sect. I, dist. III, n° 6.

Pour profiter du second chef de l'édit, il n'était pas nécessaire d'être héritier; car les biens réservés ne faisaient partie ni de la succession du père ni de celle de la mère, ils étaient attribués aux enfants par une libéralité de la loi [1].

La coutume de Paris, lors de sa réformation, avait donné une grande extension à ce second chef de l'édit. Son article 279 avait établi qu'en cas de second mariage, la femme ne pourrait aucunement disposer des conquêts de sa première communauté au préjudice de la portion qui devait échoir aux enfants du premier mariage. *V. g.*, une femme mariée deux fois laissait pour toute succession un conquêt de sa première communauté valant 100. Elle avait un enfant de chaque mariage. Chacun de ses deux enfants avait donc droit dans sa succession à 50 : mais, dans la coutume de Paris, la mère pouvait disposer des conquêts, sauf la légitime de l'art. 298. Elle aurait donc pu, sans la disposition de l'art. 279, enlever à chaque enfant la moitié de sa part, c'est-à-dire ne lui laisser que 25. Mais l'art. 279 lui défendait de diminuer la part de l'enfant du premier lit dans les conquêts : la coutume voulait qu'il eût sa part tout entière. C'était là une de ces dispositions que la défaveur des secondes noces avait introduites dans le droit coutumier. Le droit de disposer de la femme remariée se trouvait donc restreint dans des limites spéciales, relativement aux conquêts de la première communauté.

Cet article 279, si exorbitant du droit commun, donnait lieu à plusieurs questions sur lesquelles les auteurs étaient partagés. On se demandait s'il fallait l'appliquer à l'homme, quoiqu'il ne parlât que de la femme. Lebrun [2] tenait la négative et Ricard [3] l'affirmative. La jurisprudence avait adopté l'opinion de Ricard [4]. On discutait aussi sur le point de savoir si l'art. 279, qui ne parlait que des conquêts, devait être étendu aux meubles de la première communauté. Lebrun [5], qui, en cette matière, repoussait toute extension, professait encore la négative ; mais la jurisprudence [6] lui avait donné tort sur cette question comme sur la précédente. Il résultait de la solution que le Parlement donnait

[1] Pothier, Coutume d'Orléans, *Communauté*, ch. IX, n° 185.

[2] Liv. II, ch. VI, sect. II, dist. I, nomb. 7.

[3] *Donations*, partie III, nomb. 91.

[4] Il y a plusieurs arrêts : un des plus récents est celui du 24 juillet 1741.

[5] *L. cit.*

[6] Plusieurs arrêts, notamment celui du 4 mars 1697.

à ces deux questions que toute personne qui convolait à de secondes noces et qui avait des enfants de son premier mariage ne pouvait disposer, au préjudice de ces enfants, d'aucune portion de la part des conquêts ou des meubles de la première communauté qui devait leur échoir dans sa succession *ab intestat*.

Il n'en était ainsi que dans la coutume de Paris.

A présent que nous avons vu quelles limites étaient apportées au droit de disposer en cas de secondes noces, nous allons parler d'un droit particulier à quelques coutumes du Nord de la France.

C. — *Du droit de dévolution.*

Le roi d'Espagne, Philippe IV, vient de mourir. Il laisse la monarchie espagnole en paix avec la France, mais cette paix ne doit pas être de longue durée. A peine a-t-il fermé les yeux que l'ambassadeur de Louis XIV à Madrid prend vis-à-vis la cour d'Espagne une attitude hostile et menaçante : le roi très-chrétien réclame du chef de sa femme, dans la succession de Philippe IV, les provinces flamandes. L'Espagne croit triompher facilement de ces réclamations ; elle expose que, le feu roi ayant laissé un fils, sa fille, la reine de France, ne peut prétendre aucun droit sur les Etats de la monarchie espagnole ; de plus l'infante Marie-Thérèse n'a-t-elle pas, au moment de son mariage avec Louis XIV, renoncé à tous ses droits au trône d'Espagne? Ces objections peuvent être puissantes, mais le roi de France n'est pas à bout d'arguments, si le droit politique lui est contraire, il invoque les dispositions du droit privé. La reine de France est fille du premier mariage de Philippe IV; le nouveau roi d'Espagne, son frère, Charles II, est fils d'un second lit. Or, la plupart des coutumes de l'Artois et de la Flandre [1] ont une disposition qui, après la mort d'un des époux, affecte les biens du survivant aux enfants issus du mariage, de telle sorte que l'époux survivant ne peut plus en disposer. C'est ce droit, nommé droit de dévolution, qu'invoque Louis XIV; il prétend, par des raisons que nous n'avons pas à développer ici, que la renonciation de la reine n'est pas valable, et il soutient que les provinces de la Flandre ont été dévolues à sa femme dès le jour de la dissolution du premier mariage de Philippe IV.

[1] Notamment Arras, art. 12 et 14, et Hainaut, ch. XCXIV, art. 8.

Louis XIV l'emporta par la force des armes, mais comme les batailles ne font pas jurisprudence, on discute encore le mérite des prétentions du grand roi. Le droit privé devait-il être transporté dans l'ordre politique? Nous n'entreprendrons pas de résoudre cette question. Nous voulions seulement constater que, dans les provinces du Nord de la France, les biens que le survivant des époux possédait au décès de son conjoint étaient frappés entre ses mains d'indisponibilité au profit des enfants issus du mariage. C'était encore là une restriction apportée au droit de disposer.

On se demandait, dans l'enclave des coutumes flamandes, si les biens dévolus aux enfants issus d'un mariage dissous constituaient un préciput en leur faveur, ou s'ils devaient être imputés sur la légitime. Les Conseils du Brabant et de Malines voyaient dans les biens dévolus un préciput. Le Parlement de Flandre avait d'abord adopté cette jurisprudence [1]; mais ensuite il l'avait abandonnée pour se ranger à l'avis des auteurs [2]; on décidait donc, dans le dernier état du droit coutumier, que les biens dévolus s'imputaient sur la légitime. Cette opinion était celle de Guyot et de Merlin [3].

Nous terminons ici le chapitre relatif aux dispositions de notre ancien droit sur la quotité disponible. Nous ne parlons pas des ordonnances de Louis XV sur les donations et les testaments, parce que ces actes législatifs n'ont modifié par aucune de leurs dispositions la quotité disponible : ils ont réglementé les modes de disposition sans toucher au droit lui-même, qui a continué d'être soumis aux diverses coutumes.

Nous avons remarqué dans ce chapitre que la quotité des biens disponibles variait suivant le droit dont les enfants se prévalaient : si les enfants exerçaient leur droit de réserve dans les propres, la quotité disponible était d'un quint ; s'ils invoquaient la légitime de droit, la quotité disponible était de moitié. Nous avons parlé encore du douaire et d'autres dispositions applicables dans quelques espèces et dans quelques coutumes particulières ; et nous nous sommes efforcé de montrer comment ces différentes institutions coexistaient et se conciliaient sans se con-

[1] Arrêt du 15 juillet 1598, rapporté par Pollet.
[2] Arrêt du 15 décembre 1764, rendu en révision.
[3] *Répertoire*, v° DÉVOLUTION, § 2, nomb. 23.

fondre et s'amalgamer. Nous allons voir notre vieux droit, composé de ces institutions empruntées à différents âges et à diverses législations, disparaître dans la tourmente révolutionnaire, et, au lieu de la variété et de la multiplicité des lois, nous trouverons l'unité et la simplicité.

§ 4. — Droit intermédiaire.

L'ancien régime renfermait, sans contredit, bien des abus ; l'ancienne législation présentait bien des imperfections : il en est ainsi de toutes les institutions humaines. L'homme est perfectible, il est vrai, mais dire qu'il est perfectible, c'est dire qu'il n'est pas parfait. Ses œuvres tiennent de sa nature ; elles sont imparfaites aussi, mais, comme lui aussi, elles peuvent être perfectionnées. Seulement détruire une institution pour lui en substituer une nouvelle, ce n'est pas perfectionner : il vaudrait mieux remédier aux défauts connus de l'œuvre déjà expérimentée que de créer une nouvelle institution dont on n'a pas fait l'expérience, et qui peut être plus imparfaite que celle que l'on détruit. Lorsque la révolution se trouva en face de l'ancien état de choses de la France, elle se laissa emporter par un zèle irréfléchi et inconsidéré, elle sapa les anciennes institutions par la base; puis, quand elle eût fait table rase, elle voulut reconstruire ; c'est là qu'elle échoua. Le bienfait de la révolution, c'est d'avoir détruit une foule de priviléges surannés, c'est d'avoir fait disparaître les restes de la féodalité qui, dans les temps modernes, n'avait plus de raison d'être. Elle a détruit, mais elle n'a rien créé. Tous ses essais pour établir un droit public et une constitution politique durables ont été infructueuses ; il en a été de même pour le droit civil. Ce n'est que longtemps après que les passions révolutionnaires ont été calmées, que les gouvernements ultérieurs ont pu établir un droit public et un droit civil mûrement élaborés et sagement combinés. La révolution n'a fait que des lois de circonstance, destinées à disparaître avec les événements qui en nécessitaient la promulgation. La législation relative aux successions a été une des parties de droit le plus bouleversées par l'esprit révolutionnaire ; nous allons étudier quelques-unes des vicissitudes qu'il lui a fait subir.

Ennemie de toutes les autorités, la révolution n'a pas res-

pecté celle de toutes qui doit être la plus inviolable et la plus fortement constituée. Elle est entrée dans la famille, et elle n'a pas craint de délier le fils de l'obéissance qu'il doit à son père ; elle s'était bien crue assez puissante pour rompre les liens qui attachent l'homme à Dieu ! Les législations antérieures avaient voulu que le père pût récompenser ou punir ses enfants, suivant leurs mérites ou leur démérite, les coutumes d'égalité parfaite avaient seules fait exception à cette unanimité des législations précédentes. Les pays de droit écrit, où la novelle XVIII était toujours en vigueur, permettaient au père de laisser la quotité disponible aux enfants qui lui avaient donné le plus de sujets de contentement ; si le père avait à se plaindre de ses enfants, il pouvait laisser la portion disponible à un étranger. Il en était de même dans la plupart des pays coutumiers. La révolution changea cet état de choses.

L'Assemblée constituante s'occupa, dans de nombreuses séances, des successions *ab intestat* et du droit de disposer. Elle ne prit de décision que relativement aux successions *ab intestat*, et elle abolit par un décret, sanctionné le 14 avril 1791, les droits de masculinité, d'aînesse, de mainеté et les exclusions coutumières. La discussion qui porta sur le droit de disposer fut ajournée dans la séance du 6 avril 1791, et l'Assemblée ne s'en occupa plus. Quoique cette discussion n'ait été suivie d'aucune décision législative, il ne peut être que bon et profitable de rechercher quelle était, sur la matière qui nous occupe, l'opinion des hommes qui siégeaient dans cette célèbre Assemblée.

Au début de la discussion, nous trouvons un discours posthume de Mirabeau [1] ; ce fut M. de Talleyrand qui en donna lecture à l'Assemblée nationale, quelques instants après la mort du grand orateur. A la fin de ce discours, Mirabeau demandait :

« Que l'ordre et le partage des successions en ligne directe ascendante « et descendante fussent invariablement fixés par la loi, qu'il fût assuré aux « héritiers dans cette ligne les neuf dixièmes de la masse des biens de « celui auquel ils succéderont, et qu'en conséquence l'usage des dona- « tions entre-vifs, institutions contractuelles, dispositions testamentaires « sans charge de rapport, et généralement toute autre disposition tendant « à déranger l'ordre des successions et à rompre l'égalité dans les parta- « ges, fût prohibée aux ascendants envers leurs descendants, et respecti-

[1] *Moniteur* du 5 avril 1791.

« vement, jusqu'à concurrence des neuf dixièmes de ladite masse, sauf la « libre disposition de la dixième partie en faveur des personnes étrangères « à la ligne. »

L'adoption des conclusions de ce discours aurait eu pour résultat de porter une rude atteinte à l'autorité paternelle. Mirabeau le savait, mais il craignait cette autorité et voulait la détruire; il n'avait pas confiance dans la manière dont le père distribuerait à ses enfants la quotité disponible ; mais il avait une confiance illimitée dans la manière dont les enfants, sous l'ère révolutionnaire, se conduiraient envers leurs parents. Son propre exemple aurait pu l'éclairer, mais il se plaisait à croire que les vices de l'ancien régime étaient à jamais détruits : comme s'il pouvait appartenir même à la plus radicale et à la plus terrible révolution de changer la nature de l'homme, d'éteindre ses passions et de faire disparaître le mal de la surface de la terre. Et c'était en se fondant uniquement sur des espérances aussi trompeuses que Mirabeau demandait la réforme de la législation. Voici comment il présente l'objection :

« Mais quoi! un fils sage et respectueux ne pourra-t-il pas être distin- « gué, par le testament de son père, d'un fils rebelle et sans conduite? « Quoi ! ce que l'enfant aura dissipé en folles dépenses, son père ne pourra « pas en indemniser ses autres enfants et rétablir ainsi l'équilibre? »

On voit toute la force de l'objection; on va voir maintenant la faiblesse et la vanité révolutionnaires de la réponse :

« Messieurs, ne faisons pas ce sophisme trop commun de supposer, dans « un renouvellement de choses, tous les vices naissant de l'ancien régime, « et de croire nécessaires dans l'état de force et de santé les mêmes me- « sures, les mêmes préservatifs que dans l'état de faiblesse et de maladie. »

M. Saint-Martin [1] fit une sage réponse à ce discours :

« C'est, dit-il, par la douce et salutaire dépendance de l'autorité pater- « nelle que les enfants s'habituent à la soumission aux lois. Craignez d'ôter « aux parents les moyens de récompenser leurs enfants, et faites attention « que ce serait établir une véritable inégalité que d'empêcher un père « d'avantager un enfant que des disgrâces de la nature rendraient impro- « pre au travail, un enfant qui serait surchargé d'une famille nombreuse « ou qui aurait éprouvé des pertes extraordinaires dans sa fortune. Suppo- « sez, par exemple, un enfant qui serait resté dans la maison paternelle « pour cultiver le champ d'un père infirme et faire vivre sa famille : n'y « aurait-il pas de l'injustice à faire partager en portions égales le fruit « des labeurs de ce fils vertueux à ses frères, qui n'auraient pas su partager « ses peines? »

[1] *Moniteur* du 6 avril 1791.

A cette argumentation solide et sérieuse, Robespierre oppose des déclamations[1] :

« Mais, dit-on, l'autorité paternelle sera anéantie. Non, qu'on ne se per-
« suade pas que la piété filiale puisse reposer sur d'autres bases que sur
« la nature, sur les soins, la tendresse, les mœurs et les vertus des pères.
« Croit-on que la plus belle des vertus puisse être entée sur l'intérêt per-
« sonnel et la cupidité ?... Cette loi qui produit de funestes effets, qui tend
« à anéantir les mœurs privées et par conséquent les mœurs publiques, je
« ne vous rappellerai pas que le hasard seul l'a transplantée chez nous : je
« ne vous rappellerai pas que chez les Romains la puissance d'un père
« sur ses enfants représentait celle d'un maître sur ses esclaves, etc. »

Dans un discours fortement étudié, Tronchet rétablit les véritables principes[2] :

« Dans la ligne directe même des descendants, le plus favorable de tous
« les modes de succession, il peut exister des raisons très-légitimes qui
« autorisent le père de famille à changer la distribution légale. Pourrait-
« on lui refuser de récompenser, par un témoignage d'affection plus par-
« ticulière, l'enfant qui se sera le plus distingué par son respect et sa ten-
« dresse filiale, qui se sera dévoué à secourir la vieillesse infirme du père
« commun, qui par son travail aura contribué sans intérêt à augmenter
« le patrimoine qui devient commun ? Un père, qui voit un de ses enfants
« assailli dans sa fortune par des malheurs qu'il ne peut se reprocher, et
« les autres, au contraire, enrichis par le hasard, peut-il être privé du
« droit de venir au secours de ce fils infortuné? Les fils pourraient-ils lé-
« gitimement lui envier cet acte de justice ? »

Ce discours de Tronchet produisit un grand effet sur l'Assemblée constituante ; elle comprit qu'une question de cette nature demandait à être mûrement étudiée, et elle en ajourna la discussion en ordonnant l'impression de tout ce qui avait été dit sur cette matière[3].

En 1793, la Convention reprit la question là où l'Assemblée constituante l'avait laissée. Elle n'hésita pas là où cette Assemblée avait hésité. Craignant que les pères, obéissant à d'anciens préjugés, ne cherchassent indirectement à rétablir une sorte de droit d'aînesse, en laissant à l'aîné la quotité disponible, la Convention décréta une partie de la proposition de Mirabeau. Elle ordonna, comme il l'avait demandé dans son discours posthume, que l'égalité la plus parfaite régnerait entre tous les en-

[1] *Moniteur* du 7 avril.
[2] *Loc. cit.*
[3] *Moniteur* du 8 avril.

fants, et que l'on ne pourrait rompre cette égalité en donnant la quotité disponible à l'un de ses enfants. Voici le décret du 7 mars 1793 :

« La Convention nationale décrète que la faculté de disposer de ses biens « soit entre-vifs, soit par donation contractuelle en ligne directe, est abo- « lie ; en conséquence, que tous les descendants auront un droit égal sur « le partage des biens de leurs ascendants. »

Ce décret établissait entre les enfants d'un même père l'égalité la plus parfaite, mais il laissait encore trop de latitude à l'autorité paternelle. En effet, si le père ne pouvait plus récompenser par le don de la quotité disponible ceux de ses enfants dont il était le plus content, il pouvait toujours atteindre ceux dont il avait à se plaindre, en laissant la portion disponible à des étrangers. Le châtiment pouvait être sensible, car la quotité disponible du droit écrit et des coutumes était assez considérable. Aussi songea-t-on à diminuer le taux de cette quotité. On abrogea les dispositions des lois et des coutumes jusqu'alors en vigueur, et on décida, par la loi du 5 brumaire an II [1], que la portion disponible ne serait que du dixième, lorsque le *de cujus* laisserait des enfants, et d'un sixième, lorsqu'il aurait des collatéraux pour héritiers. La proposition de Mirabeau se trouvait alors décrétée dans son entier.

Quant au mode de procéder de cette loi, remarquons qu'elle avait établi une réserve, et non pas une légitime. En effet, elle ne disait pas : « Le père de famille peut disposer de son bien, sauf telle portion qui doit appartenir à ses enfants » ; elle disait : « Les biens du père sont affectés aux enfants, sauf telle portion dont le père pourra disposer. » Dans la pratique, il fallait donc appliquer à la loi du 5 brumaire an II les principes relatifs à la réserve des quatre quints des propres, et non pas ceux de la légitime de droit.

Vint enfin la loi du 17 nivôse an II, qui établit de nouveau que toute succession se partagerait également entre tous les héritiers, et qui défendit, comme le décret du 7 mars 1793, de laisser la portion disponible à un successible. L'article 16 disait :

« Les dispositions générales du présent décret ne font point obstacle « pour l'avenir à la faculté de disposer du dixième de son bien si l'on a

[1] Article 11.

« des héritiers en ligne directe, ou du sixième si l'on n'a que des héritiers « collatéraux, au profit d'autres que des personnes appelées par la loi au « partage des successions. »

Nous avons vu plus haut que l'enfant avantagé pouvait, lorsqu'il renonçait à la succession, s'en tenir à son don, pourvu que ce don n'excédât pas la quotité disponible, s'il s'agissait de la réserve ; s'il s'agissait de la légitime, le don pouvait être égal à la quotité disponible, plus une part d'enfant dans la légitime. Conserver de pareilles dispositions, c'eût été permettre de rompre l'égalité que la loi du 17 nivôse voulait maintenir parfaite entre tous les cohéritiers. Aussi, établit-on que tous les héritiers qui auraient été avantagés par le défunt devraient rapporter leur don, même s'ils renonçaient à la succession [1]. Quant aux donations testamentaires, elles ne pouvaient jamais avoir lieu au profit des héritiers, c'était le cas de l'article 16 et du décret du 7 mars 1793. Elles étaient nulles de plein droit. Les donations entre-vifs faites à un successible n'étaient pas nulles, elles étaient seulement rapportables, c'est ce qui ressort clairement de l'article 11 ; en effet, le décret du 7 mars 1793 ne s'appliquait qu'aux donations avec dispense de rapport, et non pas aux avancements d'hoirie, qui étaient toujours permis.

La loi du 17 nivôse n'avait pas dit expressément que les coutumes qui reconnaissaient aux enfants un droit sur le douaire de la mère étaient abrogées; elle n'avait pas non plus défendu de stipuler que le douaire de la mère serait propre aux enfants ; mais il était évident que de pareilles dispositions et stipulations étaient contraires à son esprit : aussi, la jurisprudence décidait-elle que, sous l'empire de cette loi, aucune convention ne pouvait rendre le douaire de la femme propre aux enfants. Un douaire propre aux enfants aurait eu essentiellement un caractère ou de donation par avancement d'hoirie sans rapport, ou de donation aux enfants à naître ; et ces deux sortes de donations étaient également prohibées [2].

La loi du 17 nivôse resta en vigueur relativement au taux de la quotité disponible jusqu'au consulat. Le gouvernement consulaire s'efforçait de terminer la révolution en revenant à des idées plus saines. On sentait depuis longtemps les funestes effets

[1] Article 9.
[2] Arrêt de Paris, 2 mars 1821.

de la loi de nivôse; aussi les consuls, quelques mois après leur installation, firent-ils rendre une loi qui changea le taux de la quotité disponible et permit d'en gratifier les enfants du *de cujus*.

Sous l'empire de la loi de nivôse, il y avait, en faveur des héritiers en ligne directe, une réserve des neuf dixièmes, et en faveur des collatéraux, quel que fût leur degré de parenté, une réserve des cinq sixièmes. La loi rendue sur la proposition des consuls, le 4 germinal en VIII, fit varier le taux de la réserve, et partant celui de la quotité disponible, suivant le nombre des réservataires; de plus, elle établit qu'au delà d'un certain degré de parenté, il n'y aurait plus de réserve. D'après cette nouvelle loi, la quotité disponible était du quart des biens du disposant s'il laissait à son décès moins de quatre enfants; du cinquième s'il laissait quatre enfants; du sixième s'il en laissait cinq, et ainsi de suite; on comptait toujours, pour déterminer la portion disponible, le nombre des enfants plus un (art. 1er).

Si le disposant laissait soit des ascendants, soit des frères ou sœurs, soit des enfants ou petits-enfants, des frères ou sœurs, la quotité disponible était de la moitié de ses biens.

S'il laissait soit des oncles ou grands-oncles, tantes ou grand'-tantes, soit des cousins germains ou cousines germaines, soit des enfants desdits cousins ou cousines, la quotité disponible était des trois quarts (art. 3).

Si le *de cujus* laissait des parents d'un degré plus éloigné, il n'y avait plus de réserve, tout était disponible.

L'article 5 dérogeait surtout aux lois révolutionnaires, il disait :

« Les libéralités autorisées par la présente loi pourront être faites au
« profit des enfants ou autres successibles du disposant, sans qu'ils soient
« sujets à rapport. »

La loi de nivôse avait abattu l'autorité paternelle, la loi de germinal relevait cette autorité. Au milieu des luttes que se livraient les partis pour se créer dans la loi civile des points d'appui, les anciennes institutions de notre droit perdirent leur caractère propre. La loi de nivôse, qui détruisait les propres, établissait sur tous les biens une réserve : une réserve dans une loi qui, ne reconnaissant pas de propres, ne pouvait pas même être considérée comme une coutume de subrogation, c'eût été une mon-

struosité quelque temps auparavant. Lorsqu'il y avait des propres, on comprenait que la réserve profitât aux collatéraux du degré le plus éloigné; les propres supprimés, il n'en était plus de même. Cependant, la loi de nivôse, sans trop se rendre compte pourquoi, fit profiter de la réserve, seulement en modifiant sa quotité, tous les parents à l'infini. La loi de germinal, plus logique, fixa une limite de parenté au delà de laquelle il n'y avait plus lieu à réserve. En principe, le droit intermédiaire avait établi une réserve, mais une réserve qui comportait des règles nouvelles. Nous disons que c'était une réserve, parce que nous trouvons dans ce droit l'effet le plus important de l'ancienne réserve : la saisine.

Nous voici arrivé au terme de notre carrière ; nous avons étudié toutes les variations de l'ancien droit français. Nous aurions maintenant à entrer dans l'examen des dispositions du Code Napoléon sur la quotité disponible ; nous aurions alors à faire le commentaire de la loi actuelle ; mais ce travail ne serait pas de nature à trouver place dans cette revue. Nous avons voulu seulement faire de l'histoire, tout en espérant que l'étude de certaines questions historiques pourra éclairer l'interprétation de quelques dispositions de notre législation actuelle.

D. Ch. Duverdy.

SUR LES DERNIERS TRAVAUX PRATIQUES

DES JURISCONSULTES GRECS[1].

Ceux qui, dans la renaissance de la jurisprudence en Grèce, voient une continuation et une rénovation du droit byzantin, rénovation commandée par l'indépendance politique de la nation, et devenue possible, grâce à la force et à la richesse du génie hellénique ; ceux-là regarderont avec sympathie les efforts des praticiens qui, formés pour la plupart dans les Universités allemandes et françaises, s'efforcent de transplanter sur le sol grec les fruits des recherches nouvelles, dont le droit romain a été l'objet. Pour eux il s'agit moins d'augmenter leur propre science et de tenter de nouvelles découvertes que d'étendre le domaine de la science, en transplantant sur le sol de la patrie les fruits exotiques, en communiquant à une littérature renaissante les produits étrangers, afin que celle-ci ne se contente pas de les recevoir et d'en tirer parti, mais qu'elle s'en serve pour des recherches nouvelles et indépendantes. Et si les maîtres allemands sont ceux qui servent surtout de modèle aux études grecques sur le droit romain, nous acceptons avec gratitude ce témoignage de l'étranger, sans oublier cependant ce que nous devons nous-mêmes à l'ancienne école française, qui, grâce à l'interprétation savante des sources et à son génie, nous a affranchis de la méthode du moyen âge.

La série d'ouvrages dont on va rendre compte ici a encore un autre intérêts pour l'Allemagne ; c'est qu'ils doivent tous leur origine à un seul savant qui, formé par les universités allemandes, tâche, depuis l'année 1845, d'animer le zèle de ses compatriotes pour les recherches de droit romain, en leur préparant des matériaux d'un usage immédiat. Ceux de ces ouvrages qui ne sont pas sortis de sa plume ne sont au moins parvenus à

[1] Nous avons traduit de l'allemand cet article de M. Heimbach, professeur à Leipzig; on y trouvera des renseignements curieux et peu connus sur des travaux dignes d'attention. (*Note de la Réd.*)

la publicité que par ses soins. Nous allons, en examinant ces travaux de M. Léonidas Sgouta et de ses collaborateurs, suivre l'ordre chronologique.

Θέμις ἤ Ἐπιθεώρησις τῆς Ἑλληνικῆς πολιτικῆς, ἐμπορικῆς καὶ διοικητικῆς νομοθεσίας, συνταςσομένη παρὰ διαφόρων νομομαθῶν, ἐκδιδομένηδὲ, παρὰ τοῦ Λεωνίδα Λ. Σγοῦτα. (*Thémis,* ou Dissertations sur le droit civil, commercial et administratif des Grecs, publiées avec une société de jurisconsultes, par M. Léon. L. Sgouta). Premier volume, Athènes, 1846, 392 pages; deuxième volume, de la même année, 398 pages; troisième volume, 1847, 396 pages; quatrième volume, 1848, 473 pages. (Ce quatrième volume est dédié à M. Zachariæ de Lingenthal, dont les recherches sur le droit byzantin jouissent d'une si juste célébrité.)

On a publié comme supplément à ce quatrième volume l'ouvrage suivant:

Εὑρετήριον τῆς Ἑλληνικῆς νομολογίας ἤτοι περιληπτικὴ καὶ ἀναλυτικὴ κατ' ἄλφάβητον συλλογὴ τῶν ἀποφάσεων τοῦ Ἀρ. πάγου καὶ τῶν ἐν Ἀθήναις καὶ εν Ναυπλ. δικαστηρίων τῶν ἐφετῶν ὑπὸ Ν. Ιωαννίδου ἐφέτου ἐκδοθεῖσα δε ἐπιμελεία Λεωνίδα Λ. Σγοῦτα. (Répertoire des arrêts grecs, ou Collection complète et alphabétique des arrêts de l'Aréopage et des Cours d'appel d'Athènes et de Nauplie; avec les notes de M. Joannides, conseiller à la Cour d'appel d'Athènes, publié par Léon. L. Sgouta, Athènes, 1846-1850.

D'après la courte préface (πρόλογος β' du premier volume), cette *Revue* doit paraître par livraisons, deux ou trois fois par mois, et formera un répertoire général de tout ce qui peut servir à éclairer la jurisprudence grecque; c'est-à-dire des recherches sur des questions de droit et les arrêts des Cours suprêmes. Les comptes rendus des nouvelles publications n'y tiendront qu'une place tout à fait secondaire.

I. Quant aux travaux originaux que cette *Revue* contient, voilà ce qui s'y trouve :

a. Une dissertation de M. Calligas sur la prescription (Περὶ παραγραφῆς), *Thémis*, t. I, p. 1 à 8, 95 à 99, 117, 176 à 186; t. II, p. 239 à 260. La source principale de ce travail est l'ouvrage célèbre d'Unterholzner; mais l'auteur a aussi tiré parti des recherches de Savigny sur la computation du terme légal, contenues dans le quatrième volume du *System des heut R. R.*

b. Un essai de l'éditeur sur les preuves, surtout sur la question : Qui doit prouver? (Ἀπόδειξις, *Thémis*, t. I, p. 8 à 19) contient la théorie romaine d'après les *Versuche* de Bethmann Hollweg, appliquée surtout à la *negatoria*.

c. Essai de M. Platy, avocat (Περὶ ἀνακοπῆς), *Thémis*, t. I, p. 52 à 58, 61 à 65.

d. Une dissertation de M. Sgouta sur la dot (Περὶ προικὸς, *Thémis*, t. I, p. 77 à 94, 141 à 176, 272 à 294). L'auteur suit en grande partie l'article Brautgabe (dot) du *Rechtslexicon* de Weiske, par M. Heimbach; dans ses notes, il examine les récentes recherches de Vangerow.

e. Sur les priviléges et les hypothèques, par M. G.-A. Maurocordatos (Περὶ προνομίων καὶ ὑποθηκῶν, *Thémis*, t. I, p. 126 à 139), ne contient rien de nouveau.

f. Deux leçons d'ouverture de cours faits par des professeurs d'Athènes: l'une par M. Paparigopoulos, professeur de droit romain, dans l'hiver de 1845 (*Thémis*, t. I, p. 295 à 304); l'autre, de M. Maurocordatos, professeur de droit français. La première contient une courte introduction à l'étude du *Corpus juris* de Justinien, l'autre une dissertation sur l'origine du Code Napoléon.

g. Une dissertation sur la succession *ab intestat*, d'après le droit romain, par B. Œkonomides (Ἡ ἐξ ἀδιαθέτου κληρονομία, *Thémis*, t. I, p. 310 à 319). L'auteur ne traite pas seulement de la succession ordinaire d'après la nov. 118, mais aussi de la succession extraordinaire, et même de celle du fisc, dans les *bona vacantia*. Quoique cette dissertation ne contienne rien de nouveau, la clarté du travail et la vivacité du style sont très-louables.

h. Sur l'adoption, par L. Sgouta (Παρὰ υἱοθεσίας, *Thémis*, t. I, p. 381 à 392). L'auteur a tiré la majeure partie de son travail de l'article Adoptio de M. Heimbach, dans le *Rechtslexicon* de Weiske.

i. Sur le mariage, la séparation et l'établissement de registres d'église (Περὶ γάμου καὶ διαζυγίου καὶ περὶ ληξιαρχικῶν βιβλίων, *Thémis*, t. II, p. 1 à 15), principalement d'après le droit français, par G. Maurocordatos.

k. Une dissertation sur l'état de la Grèce sous la domination romaine, par Const. Paparigopoulos (*Thémis*, t. II, p. 319 à 355). Ce discours du célèbre historien éclaircit plus d'un point obscur; c'est un travail original.

l. Sur la mort civile et sur la nécessité de l'abolir, par P. Kalligas (Περὶ πολιτικοῦ θάνατον καὶ τῆς ἀντικαστάσεως αὐτου διὰ ἄλλου θεσμοῦ. *Thémis*, t. III, p. 337 à 352). L'auteur montre qu'on s'est mépris sur le droit romain en conservant cette institution, qui, dans la forme qu'elle a reçue des jurisconsultes français, ne répond plus à son premier but, c'est-à-dire au cas de la *capitis diminutio media*.

m. Une dissertation sur l'origine des constitutions, par K. Dosias (*Thémis*, t. IV, p. 25 à 53).

n Sur les progrès de la législation et de la jurisprudence au dix-neuvième siècle, par M. St. Maurocordatos (Περὶ τῆς προόδου τῆς νομοθεσίας καὶ τῆς ἐπιστήμης τοῦ δικαίου, *Thémis*, t. IV, p. 94 à 112). Compte rendu d'un discours solennel prononcé dans la grande salle de l'Université d'Athènes, le 26 février 1848. L'auteur fait ressortir le mérite des jurisconsultes français, ainsi que l'importance des travaux allemands pour le développement de la jurisprudence.

o. Une dissertation historique sur la manière particulière dont les Romains ont formé leur droit d'hérédité, par P. Paparigopoulos (Ἱστορικὴ εἰσαγωγὴ

εἰς τὴν σπουδὴν τοῦ κληρονομικοῦ δικαίου τῶν Ῥωμαίων, *Thémis*, t. IV, p. 283 à 300). C'est, à ce qu'il paraît, l'introduction d'un cours sur le droit de succession.

II. Les traductions d'ouvrages étrangers contiennent des sujets tirés de l'histoire du droit et des traités dogmatiques.

Parlons d'abord de l'histoire du droit :

a. Critique du travail de M. Mortreuil, *Histoire du droit byzantin*, t. I, publiée par M. Zachariæ de Lingenthal dans *Richter's und Schneider's kritische Jahrbucher fur deutsche Rechtswissenschaft* (Annales critiques de la science du droit en Allemagne, sous la direction de MM. Richter et Schneider. *Thémis*, t. I, p. 189 à 224). La traduction est par M. B. Œkonomides.

b. Traduction du rapport envoyé au ministre des cultes en France par Minoides Mynas, et concernant les découvertes qu'il a faites en Orient (Ἀναφορὰ πρὸς τὸν ἐπὶ τῆς δημοσίας ἐκπαιδευσεως ὑπουργὸν τῆς Γαλλίας τοῦ Κυρίου Μινοΐδου Μυνᾶ ἀποσταλέντος εἰς τὴν Ἀνατολὴν πρὸς ἀναζήτησιν φιλολογικῶν καὶ νομικῶν χειρογράφων, *Thémis*, t. II, p. 269 à 298, tiré de la *Revue de législation*, 1846, livr. d'août.)

c. Traduction d'un morceau de l'ouvrage de M. Laboulaye : « Essai sur les lois criminelles des Romains, concernant la responsabilité des magistrats. » Paris, 1845 (Περὶ τῆς παραχμῆς τῶν Ῥωμαίων. *Thémis*, t. III, p. 1 à 15.)

d. Traduction des lettres de MM. Ducaurroy et Laboulaye sur la forme de l'arrogation chez les Romains. (*Thémis*, t. III, p. 98 à 121, tiré de la *Revue de législation*, 1847, t. I, p. 451.)

e. Traduction de la critique que M. Mortreuil a faite du rapport déjà cité de Minoides Mynas. (*Thémis*, t. III, p. 313 à 337, tiré de la *Revue de législation*, 1847, t. II, p. 30.)

Quant aux traités dogmatiques, ils sont tirés de différents ouvrages et ont été choisis avec connaissance de cause. Tous ces travaux sont accompagnés de notes de l'éditeur, qui s'applique surtout à indiquer dans les Basiliques les lieux qui correspondent à ceux du *Corpus juris* de Justinien, cités par les auteurs étrangers; le texte grec du recueil byzantin étant plus à la portée des lecteurs que le texte latin du *Corpus juris* de Justinien.

Nous indiquerons ces traductions en suivant l'ordre non pas des noms des auteurs, mais des ouvrages dont elles ont été tirées.

C'est surtout au *Rechtslexicon* de Weiske (Dictionnaire de droit, publié sous la rédaction de M. Weiske), que de nombreux emprunts ont été faits. On a traduit les articles suivants :

Possession, par M. Puchta (Περὶ νομῆς. *Thémis*, t. I, p. 256 à 272, 357 à 380).

Eviction, par M. Liebe (Περὶ ἐκνικήσεως. *Thémis*, t. I, p. 330 à 381).

Legs, par M. Arndts (Περὶ κληροδοσιῶν καὶ καταπιστεύσεων. *Thémis*, t. II, p. 57 à 122, 208 à 239).

Exhérédation, du même (Περὶ ἀποκληρώσεως. *Thémis*, t. III, p. 364 à 387).

Institution d'héritier, par le même (Περὶ ἐγκαταστάσεως κληρονόμου. *Thémis*, t. IV, p. 300 à 338).

Accession, par M. Wächter (Περὶ προσαυξήσεως ὡς μέσον πρὸς ἀπόκτησιν κυριότητος. *Thémis*, t. IV, p. 1 à 24).

Prêt, par M. Luden (Περὶ δανείου. *Thémis*, t. II, p. 356 à 376).

Dépôt, du même (Περὶ παρακαταθήκης. *Thémis*, t. III, p. 16 à 45).

Loi, par M. Günther. De cet article on n'a traduit que deux fragments : sur la collision des lois (Περὶ συγκρούσεως νόμων. *Thémis*, t. IV, p. 53 à 86), et sur leur interprétation (Περὶ ἑρμηνείας νόμων. *Thémis*, t. IV, p. 456 à 473).

Puis les articles suivants d'Heimbach :

« Bona fides » (Περὶ καλῆς πίστεως. *Thémis*, t. II, p. 198 à 308).

« Beneficium divisionis » (Περὶ εὐεργετήματος τῆς διαρέσεως. *Thémis*, t. II, p. 128 à 187).

Prêt d'argent (Περὶ χρησιδανείου. *Thémis*, t. II, p. 376 à 388).

« Exceptio Sc. Velleiani (Περὶ Βελλειανειου δόγματος. *Thémis*, t. III, p. 45 à 71).

« Exceptio doli » (Περὶ ἐνστάσεως δόλου. *Thémis*, t. III, p. 71 à 91).

« Exceptio metus » (Περὶ ἐνστάσεως φόβου. *Thémis*, t. III, p. 91 à 98)

« Mandatum et mandatum qualificatum » (Περὶ ἐντολῆς, πρὸς δανεισμὸν ἐντολῆς καὶ ἐντολῆς ἰδίῳ πράγματι. *Thémis*, t. III, p. 121 à 157).

« Negotiorum gestio » (Περὶ διαχειρίσεως ἀλλοτρίων πραγμάτων. *Thémis*, t. III, p. 157 à 181).

« Condictio indebiti » (Περὶ ἀπαιτήσεως ἀχρεωστήτου. *Thémis*, t. III, p. 269 à 313).

L'article anonyme, Droit et contrat de location, a également été traduit (Περί μισθώσεως. *Thémis*, t. III, p. 339 à 442).

Du système de M. de Savigny on a tiré deux traités ; la « Dissertation sur l'erreur, » du troisième volume (Περὶ πλάνης καὶ ἀγνοίας. *Thémis*, t. I, p. 239 à 255; t. III, p. 181 à 255) ; et celle sur la *mortis causa donatio*, du quatrième volume, Περὶ δωρεῶν αἰτίᾳ θανάτου. *Thémis*, t. IV, p. 258 à 282).

On a tiré un traité de l'ouvrage de M. de Vangerow : *Leitfaden fur Pandectenvorlesungen* (Guide du cours de Pandectes). C'est celui sur le *depositum irregulare* (Περὶ ἀνομάλου παρακαταθήκης, *Thémis*, t. III, p. 30 à 45).

On a traduit la théorie du contrat de vente, contenue dans l'ouvrage de M. Unterholzner : *System der Schuldverhæltnisse* (Système des obligations) (Περὶ ἀγοραπωλησίας, *Thémis*, t. II, p. 15 à 54).

On a tiré la théorie des donations de l'ouvrage de M. Schilling : *Lehrbuch der Institutionen des Romischen Rechts* (Περὶ δωρεῶν ; *Thémis*, t. IV, p. 112 à 258).

III. Réimpressions d'anciennes sources de droit.

On s'est occupé surtout des sources grecques ; et cela non-seulement à cause du but spécial de *la Revue*, mais aussi à cause de la connaissance assez défectueuse de la langue latine en Grèce, comme on ne le voit que trop en plus d'un passage de la *Thémis*.

Quant aux sources connues depuis longtemps, on n'a réimprimé que la Μελέτη περὶ ψιλῶν συμφώνων (*Thémis*, t. III, p. 352 à 363), déjà publiée dans le *Jus græco-latinum* de Leunclavius. On y a ajouté une notice littéraire sur les manuscrits tirée de Mortreuil, *Histoire du droit byzantin*, t. II.

Quant aux sources qui n'ont été publiées que récemment, on a reproduit : *a*. D'après l'ouvrage de Heimbach : *Observationes juris græco-romani*, pars I ; l'œuvre d'un auteur inconnu, intitulée : *De Actionibus*, avec une notice de Mortreuil sur les manuscrits où elle se trouve (*Thémis*, t. I, p. 117 à 126).

b. La Σύντομος διαίρεσις τῶν νεαρῶν τοῦ Ιουστινιανοῦ, que Berger a éditée le premier, d'après les travaux d'Edouard Tanneberg. (Elle a été plus tard réimprimée dans le second volume des *Anecdota*, de Heimbach.) On l'a encore fait précéder par un extrait de Mortreuil, sur les éditions et la date de cet écrit (*Thémis*, t. II, p. 389 à 392.)

c. Un traité anonyme sur le *peculium*, publié par Heimbach, d'après deux manuscrits, l'un de Venise, l'autre de Paris, dans le second volume des *Anecdota* (Ἀνωνύμου συγγραφέως πραγματεία περὶ χρηματίου. *Thémis*, t. III, p. 412 à 455). Ici aussi on a ajouté une notice littéraire, sur la manière dont cet écrit est arrivé peu à peu à la connaissance des savants.

d. Αἱ ῥοπαὶ d'Eustathius, avec préface ; c'est une copie de la belle édition de M. Zachariæ, *Thémis*, t. III, p. 256 à 295.

IV. Les dissertations sur les controverses de droit ne regardent que le droit et les usages grecs, dont la connaissance est peu intéressante pour les étrangers. On s'appuie beaucoup sur les arrêts, qu'on ne considère cependant, avec raison, que comme une des sources qui font connaître le droit coutumier.

M. Sgouta a en outre rendu un grand service au droit grec en publiant l'ouvrage de M. Calligas, dont les deux premiers volumes

sont sous nos yeux : Σύστημα τοῦ Ῥωμαικοῦ δικαίου κατὰ τὴν ἐν Ἑλλάδι ἰσχὺν αὐτοῦ, ὑπὸ Π. Καλλίγα. ἐκδοθὲν ἐπιμελεία Λεωνίδα Λ. Σγοῦτα. Premier volume, Athènes, 1848, in-8, IV, 408 p.; deuxième volume, Athènes, 1849, 588 p.

Nous saluons dans ces deux volumes le premier manuel du droit grec moderne qui tienne compte du droit civil romain, 1 qu'il a cours actuellement en Grèce. Ces deux volumes ne contiennent que la partie générale et les droits réels. D'après l'introduction, l'auteur a moins l'intention de tirer parti des manuels dont l'autorité est si grande en Allemagne que de résumer dans un précis clair et net les résultats dus aux monographies de ces derniers temps; en un mot, son livre n'est pas destiné à ceux qui étudient, mais à ceux qui pratiquent le droit. Le plan que l'auteur a suivi, c'est d'utiliser les monographies concernant le droit civil; on gagne ainsi d'abord une base historique; puis, par l'interprétation des sources, on arrive aux principes qui peuvent s'appliquer au droit actuel de la Grèce. Quant aux controverses, l'auteur pense qu'elles ont été si bien traitées par Vangerow qu'il serait inutile d'y revenir, et il se borne à renvoyer au *Leitfaden*. L'auteur ne donne pas non plus des notices littéraires bien étendues; il croit que l'édition grecque de Mackeldey, due aux soins de MM. Ralle et Renier, est assez complète à cet égard, et il n'a pas l'intention de rendre ce travail superflu. On voit que le chemin dans lequel entre M. Calligas est tout à fait nouveau pour la Grèce. A côté de l'*Harmenopoul*, qui est encore considéré comme le Code civil de la Grèce et des lois récentes d'Othon Ier, il veut transplanter sur le sol grec les fruits de la jurisprudence moderne française et allemande; et il veut surtout se servir des excellentes recherches de ces derniers temps pour éclaircir ce qu'il y a d'insuffisant dans Harmenopoul. Nous souhaitons que son plan réussisse.

Mais nous avons aussi le droit de nous demander : L'auteur a-t-il fait les efforts sincères et consciencieux qu'une aussi grave entreprise exige? S'est-il rendu assez familier avec les résultats des recherches allemandes sur le droit romain, pour connaître et vaincre toutes les difficultés.

Ces deux questions se résolvent par un examen du plan et de la disposition de l'ouvrage. Ce n'est pas seulement dans l'arran-

gement des matières qui, selon le système des manuels allemands, sont divisées en deux parties, l'une générale, l'autre spéciale, arrangement qui offre toutes les facilités au lecteur; c'est aussi par le côté matériel de son livre que l'auteur montre une connaissance des travaux allemands sur le droit civil, connaissance qu'on est étonné de rencontrer en Grèce. Il a étudié avec soin les monographies de Savigny et d'autres, et il en a résumé avec précision les résultats qui peuvent être utiles à la pratique; il cite et interprète fort bien les textes du *Corpus juris* de Justinien; il a fait une étude soigneuse des sources byzantines, qui sont plus près d'Harmenopoul; il en a tiré, surtout pour la théorie des servitudes, des résultats bien dignes de l'attention des jurisconsultes. En outre, il montre du tact et du jugement en omettant les recherches historiques qui n'appartiennent qu'à l'histoire du droit proprement dite, sans servir à l'interprétation des sources du droit romain. Il ne perd jamais de vue cette belle règle : *Sit modus in rebus.* Nous allons, pour donner une idée de la méthode de l'auteur, résumer la partie générale de l'ouvrage; en ajoutant çà et là des remarque occasionnées par la lecture de quelques chapitres.

L'introduction (εἰσαγωγὴ, t. I, p. 1 à 38) traite des écoles dans la jurisprudence; un aperçu des sources de droit (p. 18 à 33) y est joint. En posant comme principe que la nature de l'école historique consiste dans la recherche des origines de chaque institution, l'auteur conclut que l'école historique est devenue nécessaire pour arriver, par la synthèse, à de nouveaux résultats. Mais l'auteur oublie que la méthode historique n'est qu'une méthode de recherches; et il n'aurait pas dû ignorer, surtout vis-à-vis du travail de Savigny sur la possession, que l'école historique a aussi sa synthèse à elle, apte, comme celle de l'école philosophique, à produire de nouveaux dogmes. Il aurait dû observer qu'en isolant quelques institutions sans tenir compte du reste du système, on tombe dans les erreurs de ceux qui n'ont jamais pu arriver à une connaissance entière du système romain; qu'enfin la synthèse de la soi-disant école philosophique ne consiste que dans la combinaison logique des règles de droit; et que cette méthode elle-même n'est nullement étrangère à l'école historique; car elle n'est, après tout, que la critique et la philosophie appliquées au droit historique.

Nous apprenons par l'introduction que par une résolution du 1er janvier 1822, les Basiliques ont été reconnues comme le Code de la Grèce ; que, depuis 1828, elles ont été remplacées par Harmenopoul, dont, depuis le 12 août 1830, l'autorité a été bornée à celle d'un guide; qu'enfin le 7 mars 1835, on a restitué à ce dernier auteur la force de loi qu'il avait déjà reçue sept ans auparavant. Mais cet auteur est si peu clair et les matériaux qu'il contient sont si peu abondants que les jurisconsultes ont depuis longtemps été forcés de recourir aux Basiliques pour interpréter et compléter Harmenopoul. Leurs efforts dans cette direction ont été couronnés de succès.

L'ordre de l'ouvrage dont nous nous occupons suit en général celui du système de Savigny ; mais on a omis les donations et les conditions. Quant à la matière même du livre, on remarque aussi une grande influence de l'ouvrage de Savigny, tant en ce qui concerne les idées juridiques que pour l'interprétation. Les opinions sont très-sages et en parfait accord avec les sources; ce sont toujours les opinions de Savigny, même alors que cet auteur n'est pas cité. Quoique les remarques sur le droit coutumier (liv. I, chap. IV) soient dérivées de la même source, l'auteur rejette cependant la théorie de Puchta, parce que la raison principale de Puchta : *Notorium non eget probatione*, est tirée du droit canonique ; et il adopte l'ancienne théorie d'après laquelle le droit coutumier peut être un sujet de preuve (t. I, p. 113). Cette objection contre la théorie de Puchta repose sur la fausse idée que l'auteur se fait de la théorie romaine des preuves, suivant laquelle il ne peut jamais être question de la preuve d'un droit coutumier; parce que les Romains ne connaissent les preuves que pour les actions et les exceptions, et que les actions, d'après la forme romaine, s'appuient ou sur le droit écrit ou sur des faits expressément mentionnés dans l'*intentio formulæ.*

Pour la théorie de la collision des lois, l'auteur suit en général les opinions que Story a émises dans son *Commentary on the conflict of laws*, et que M. Fœlix a poursuivies et étendues dans un travail plus récent. Les matériaux historiques dont l'auteur a fait usage sont tirés de l'excellent traité de Wæchter (dans le vingt-quatrième volume de l'*Archiv fur civilistische Praxis.*). Nous approuvons la remarque de l'auteur, que la règle : *Locus regit actum*, dans l'étendue de son application actuelle, n'appartient

pas au droit romain, qui ne connaît cet axiome que comme un moyen d'interprétation lorsqu'il s'agit de contrats, surtout de ceux qui fixent le lieu de la prestation (t. I, p. 134).

En parlant des personnes physiques, l'auteur rejette l'opinion d'Unterholzner (*Zeitschrift f. gesch. Rechtswissenschaft*, t. II, n. 3) suivant laquelle le mot *infans* chez les jurisconsultes classiques et chez Justinien ne désigne que l'enfant qui ne sait pas encore parler, sans égard à l'âge de sept ans ; il appuie cette opinion par les raisonnements de Savigny. La doctrine des personnes s'appuie également sur les travaux de Savigny. En plaçant la théorie de l'*erreur* après celle des personnes morales, l'auteur a défiguré le système ; car chez Savigny cette théorie ne forme pas une partie indépendante dans les principes généraux, l'erreur n'y étant considérée que comme un des défauts des *negotia juris*. Quant au fonds, nous approuvons la remarque de notre auteur que Savigny a tort de rejeter l'axiome posé par Papinien dans les L. 7 et 8, Dig. XXII, 4, *De juris et facti ignorantia* (Savigny, *Syst.*, III, p. 346 et suiv.) la réfutation de l'auteur allemand n'atteignant pas l'axiome lui-même, mais seulement l'interprétation essayée par Cujas : que l'erreur de droit doit toujours servir à éviter un dommage réel. La règle de Papinien ne porte, en effet, que sur les *condictiones*, qui ont lieu quand une personne par sa propre action fait part à un tiers d'une partie de ses biens en augmentant de cette manière les biens du tiers. Voilà le véritable sens de la loi 7 : *Juris ignorantia... suum vero petentibus non nocet;* et de la loi 8 : *Cæterum omnibus* (c'est-à-dire aux hommes et aux femmes), *juris error in damnis amittendæ rei non nocet*, dont le sens est : Lorsqu'il s'agit de la répétition d'une chose qu'on a fait sortir de ses biens pour augmenter ceux d'une autre personne, et que cet acte a été le résultat d'une erreur ; l'erreur ne doit pas être interprétée au préjudice de la personne qui a ainsi aliéné son bien. Telle est l'opinion de Muhlenbruch, qui s'accorde avec le sens précis des paroles de Papinien (Voy. Muhlenbruch, dans l'*Archiv f. civil. Praxis*, t. II, p. 416 à 431). Notre auteur a dû s'appliquer à sauver l'axiome de Papinien, parce que, des Pandectes de Justinien, il a passé dans la compilation d'Harmenopoul.

Pour la prescription appliquée aux exceptions, l'auteur suit les idées de Savigny, et il observe avec raison que les excep-

tions ont cessé d'être imprescriptibles en Grèce comme en Allemagne, parce que l'institution allemande de la *provocatio ex lege si contendat* y a obtenu force de loi; si bien que celui qui oppose l'exception a un moyen de forcer indirectement son créancier à le poursuivre (t. I, p. 345).

La doctrine du temps immémorial, que Savigny retranche du droit civil pour en faire une partie du droit public, se trouve dans Harmenopoul; et, quoique cette doctrine ait été écartée par la législation grecque de 1837, l'auteur lui accorde une place assez étendue dans son ouvrage. Il suit surtout le livre de Friedlænder sur le temps immémorial.

L'auteur termine les principes généraux par la doctrine de la *restitutio in integrum;* il y suit le travail de Burchardi, en ajoutant les corrections que ce travail a subies dans le *Leitfaden* de M. Vangerow.

La partie spéciale de l'ouvrage comprend, dans les sections que nous avons sous les yeux, la possession, la propriété à laquelle l'auteur a rattaché, avec raison, les servitudes, l'emphytéose et la superficie; et enfin le droit de gage. Dans cette partie, la méthode systématique prédomine. Les doctrines sont présentées d'après le droit romain pur; on y a ajouté les modifications qu'elles ont subies dans le droit grec moderne. Ces deux parties n'ont été séparées que dans les chapitres de l'ouvrage qui traitent du droit de gage, là on a commencé par un chapitre sur le droit romain, déduit des sources (liv. III, chap. I) : puis le droit grec a été divisé en deux chapitres, dont le premier traite du gage, d'après la loi du 1[er] décembre 1836; l'autre traite des hypothèques, d'après la loi du 11 août de la même année.

La possession pour laquelle l'auteur suit l'excellent ouvrage de Savigny, est bien traitée. Nous ne saurions en dire autant de la propriété; l'auteur a surtout suivi Pothier; pour la prescription, l'ouvrage d'Unterholzner est cité çà et là dans les notes; mais, en général, ce sont encore Pothier et Troplong que l'auteur a suivis. L'auteur ne parle même pas de la perte de la propriété, sujet sur lequel il n'a trouvé que peu de chose chez ces deux autorités. Pour donner une idée de la manière dont les principes sont traités, nous allons donner quelques extraits de l'ouvrage. Dans l'introduction, sur la nature juridi-

que et sur la division des choses, nous trouvons l'article suivant. (—Appartenances et dépendances.) « Une chose est appartenance ou dépendance, soit par nature, soit par la volonté du propriétaire. Sont appartenances par nature tous les fruits et produits de la chose principale, aussi longtemps que ces appartenances se trouvent sur le sol. Deviennent appartenances par la volonté du propriétaire : les choses fixes; puis tous les objets qui servent à la culture du sol. Les accessoires peuvent aussi devenir appartenances même après leur séparation, si le propriétaire veut les appliquer à sa propriété; en dernier lieu, sont considérées comme appartenances : les ruches, les pigeons de colombier, les poissons des étangs. Toutes ces choses deviennent immeubles lorsqu'elles sont considérées comme appartenances d'un immeuble. » Cette théorie pourrait bien n'avoir pas grand succès en Allemagne.

Dans un autre passage, l'auteur établit l'identité des *res quæ in genere suo functionem recipiunt per solutionem* avec les *res quæ pondere, numero, mensura consistunt;* mais il ajoute que cette division ne s'applique qu'aux biens meubles (t. II, p. 9).

Quant à la possession, l'auteur ne comprend pas la justesse de l'opinion de Savigny : que la possession est un fait plutôt qu'un droit. Il ne peut accorder cette doctrine avec les trois *vitia possessionis;* et il la repousse en alléguant simplement la loi 10, D. VII, 32 (*De adq. et. ret. possess.*), que cependant on peut interpréter d'une manière bien différente. Suivant lui, la possession est plutôt une propriété présumée, et cette présomption se fait valoir par la règle : *in pari causa potior est conditio possidentis* et par la loi 1, § 1, Dig., XLI, 2. Mais ce texte ne dit pas que la possession soit une propriété présumée; il dit seulement que l'idée de la propriété est sortie de l'idée de la possession. Cela est prouvé par le fait qu'encore à présent on acquiert par la possession la propriété des *res nullius*.

Dans la théorie de la possession dérivée, l'auteur sépare les cas où la détention seule est transférée de ceux où l'*animus possidendi* est transféré en même temps; il évite ainsi avec habileté la controverse de l'école moderne sur la question de savoir : en quoi consiste l'*animus possidendi* de la possession dérivée. L'auteur remarque que la nature singulière de la possession du créancier gagiste a été conservée dans le droit grec,

et que l'usucapion y continue, malgré la translation de la possession.

L'auteur considère les interdits possessoires comme la protection de la personnalité et de la volonté personnelle, manifestée par la possession; car ils ne sont donnés que contre ceux qui par voie de fait mettent opposition à cette volonté. Cela se rapproche de l'opinion de Rudorff, qui voit dans ces interdits l'antique prohibition de se faire justice à soi-même. L'auteur rejette donc le témoignage d'Ulpien, l. 1, 52, 53, Dig., XLIII, 17 (*Uti possidetis*), quoiqu'il soit maintenant appuyé par les renseignements que nous fournissent plusieurs autres jurisconsultes romains, il ne tient pas plus de compte de l'hypothèse de Savigny et de Niebuhr, qui veulent que les interdits aient été introduits pour protéger la possession de l'*ager publicus*[1]. Quant aux recherches de Puchta dans ses *Institutions*, l'auteur ne les connaît probablement pas.

Quant à la procédure civile dans les causes de possession, l'auteur observe que le trouble apporté à la possession est aujourd'hui puni, en Grèce, par des amendes; qu'outre cela on exige souvent la *cautio de non amplius turbando*, que les praticiens allemands font découler de la L. 1, *Uti possidetis* C., VIII, 6, quoique la caution dont cette loi parle ne soit pas autre chose que la caution préparatoire de l'action réelle.

Ces exemples suffiront pour montrer la méthode et les intentions de l'auteur, et pour faire voir de quelle manière il s'est servi des auteurs dans chaque partie du droit. Nous souhaitons qu'il continue de trouver le loisir nécessaire pour achever ce qui manque encore à son système de droit civil. Tous ceux qui jugent avec connaissance de cause admettront que le chemin qu'il a choisi est le seul par lequel on puisse parvenir à donner une base solide au droit civil grec.

[1] Nous remarquons que dans le § 25 (p. 23 du système) l'auteur grec expose la théorie de Niebuhr et de Savigny sur l'origine de la possession comme dérivant de l'*Ager publicus*, et il invoque même l'exemple de l'état actuel des domaines nationaux en Grèce.

Ces articles de feu Heimbach[1] ont été publiés en Allemagne dans le *Journal critique de jurisprudence*, de M. Mittermaier, en 1850. Depuis lors M. Sgouta a poursuivi ses travaux avec la même ardeur. Il a publié en 1852 le cinquième volume de la *Thémis* et en 1854 le sixième, qui contiennent : 1° Une dissertation sur la règle : *Dies interpellat pro homine*, traduite de l'ouvrage de M. Vangerow ; 2° Une dissertation sur les successions, traduite de l'article de M. Arndts, dans le *Dictionnaire de droit* de M. Weiske ; 3° Sur les nullités absolues et relatives, traduit de l'article de M. Brandy, dans le *Civilistische Archiv.*, vol. VII ; 4° Sur le droit de revendication des actions réelles, traduit des *Dissertations*, de M. Francke ; 5° Sur les Pélasges, traduit de la *Dissertation* de M. Lepsius, par M. Calligas; 6° De la tutelle, traduit de l'article de M. Heimbach, dans le *Dictionnaire* de M. Weiske, enrichi de la jurisprudence des tribunaux grecs.

Il a publié comme travaux indépendants : *a* Une dissertation sur es preuves, et une autre sur la procédure civile de l'appel. Ces deux dissertations, qui forment le sixième volume de la *Thémis*, sont les leçons du professeur Roussopoulos, mort à la fleur de l'âge, en laissant un grand vide dans la science du droit en Grèce, parce qu'il avait toute la sagacité d'un vrai jurisconsulte et dans l'exposition une clarté très-remarquable. *b* Quelques considérations sur la L. 48 D. *De rei vindicatione*, par M. Senitelos, professeur du droit à l'Université (t. V, p. 124). *c* Sur le calendrier turc, par M. Pothis, professeur de droit canonique à l'Université (t. V, p. 175).

Le cinquième volume de la *Thémis* contient encore : *a* Les coutumes de Naxos; c'est une codification de coutumes, faite en 1810, qui est remarquable par son introduction. *b* Un traité ancien sur les prêts avec hypothèques et sans hypothèques, que M. Zachariæ de Lingenthal a publié dans les *Annales de littérature*, de Heidelberg, année 1841.

M. Sgouta a poursuivi avec zèle la publication du *Répertoire alphabétique de droit grec*, de M. Joannides, qui en est déjà à son douzième volume et à la lettre π, livre destiné à devenir le *vade-mecum* des juges de paix. Venir en aide à ces juges dont dépend

[1] Nous devons à notre correspondant d'Athènes les pages suivantes, qui conduisent jusqu'en 1856 le compte rendu des travaux de M. Sgouta.

ED. LABOULAYE.

le sort de tant d'habitants, c'est rendre un vrai bienfait à la patrie.

L'œuvre de M. Calligas n'est point restée en arrière; le troisième volume contenant les obligations, et le cinquième contenant les successions, ont paru et sont supérieurs aux deux autres. Nous reviendrons sur ces deux volumes.

Ainsi on voit que, grâce à M. Sgouta, la science de droit n'est pas restée en arrière en Grèce. Puisse, grâce à la paix, se développer ce pays où nous voyons chaque jour un nouveau progrès, une tendance plus prononcée à se mettre au niveau de la civilisation européenne.

RECHERCHES
SUR LE DROIT COUTUMIER DE L'ARTOIS.

Quand, après avoir secoué la poussière des gothiques manuscrits oubliés depuis longtemps, la chercheuse Allemagne et l'ardente France liront à livre ouvert dans les *us* barbares, que l'on recommence à déchiffrer, parmi les travaux qui resteront à faire pour avoir une idée bien nette du droit, de ses changements, de ses progrès, de son état actuel, il faudra placer en première ligne l'étude des coutumes, si appliquées autrefois, si négligées aujourd'hui ; coutumes d'autant moins surannées qu'à chaque pas elles se retrouvent mêlées de droit écrit au fond de notre Code, et qu'en dépit des textes plusieurs d'entre elles ont tellement prévalu sur les usages nouveaux, que le gouvernement, afin de s'éclairer et de modifier peut-être certaines règles, a cru nécessaire d'ordonner une enquête sur les traditions obligatoires ou non obligatoires, légales ou illégales, qui persistent encore en ce moment.

Mais outre les difficultés que présentent les antiques idées, les anciens langages, avec lesquels on n'est plus familiarisé, l'étude des coutumes sera d'autant moins facile, que la plupart des commentateurs restent peu connus, que beaucoup n'ont jamais été imprimés, et qu'il n'existe aucune trace de leurs œuvres, même dans les meilleurs recueils de bibliographie.

Ce serait donc rendre un véritable service que d'indiquer les sources où doit puiser celui qui veut s'initier au droit coutumier ; et ce service, nul ne le rendra aussi bien que *la Revue*, dont le but est la régénération des études juridiques par la philosophie et par l'histoire.

Or, ce que chacun pourra faire pour sa province, nous allons le commencer pour l'Artois, en indiquant la nomenclature soigneuse et complète des auteurs à consulter.

Puisse notre appel être entendu! puisse la connaissance des livres coutumiers inspirer, soit aux jurisconsultes, soit au gouver-

nement, l'idée d'un grand travail, qui nous manque d'autant plus, que sans lui il n'y aura jamais d'histoire véritable de notre glorieux pays; c'est-à-dire, la pensée de publier sur l'origine des coutumes, sur leur esprit, sur leur concordance, le magnifique ouvrage qui sera un monument national érigé au *corps du droit vraiment français*.

I.

APERÇU SUR LES COUTUMES D'ARTOIS.

Les coutumes d'Artois étaient divisées en deux catégories : 1° coutumes *générales* ; 2° coutumes *locales*.

Les coutumes générales régissaient tout le comté.

En dehors des coutumes générales, les coutumes locales s'appliquaient particulièrement à certains échevinages, baillages ou communautés.

Les coutumes locales n'ayant jamais été commentées que nous sachions, nous dirons simplement qu'elles se sont trouvées profondément altérées par les procès-verbaux de vérification connus sous le nom d'*actes de notoriété*, publiées en 1756 dans un volume in-4, imprimé à Paris ; et nous nous bornerons à parler des coutumes générales de la province.

Postérieures aux anciens usages d'Artois, contemporains de saint Louis, et colligés en 57 titres, les coutumes générales ont eu trois homologations :

Celle du 13 juin 1509, rédigée en 144 articles; — celle du 26 décembre 1540, rédigée en 147 articles ; — celle du 3 mars 1544, rédigée en 201 articles. — Ce texte officiel et définitif des coutumes générales, cette dernière homologation a subi peu de modifications ultérieures, il en existe cependant.

Les *traités* ou *commentaires* écrits sur la coutume générale ont été les uns imprimés, les autres reproduits seulement par des copies manuscrites. Les derniers, on le comprend, se sont infiniment moins vulgarisés que les autres, et certaines œuvres manuscrites, totalement ignorées en Artois, sont à peine connues à Arras de quelques amateurs.

II.

ŒUVRES IMPRIMÉES.

Gosson. *Commentaire sur les vingt-six premiers articles de la*

coutume d'Artois. Edition latine : un volume in-4, imprimé à Anvers en 1532.

Maillart (Adrien), avocat au parlement : *Commentaire des coutumes d'Artois*. Sans contredit et sans comparaison, cet ouvrage est le plus important des livres imprimés sur la coutume.

Indépendamment du travail propre à Maillart, ce commentaire comprend la traduction et la reproduction des notes de Gosson, de Du Molin et de Bauduin.

Maillart a eu deux éditions. La première a paru en 1704, à Paris, en deux volumes in-4, reliés en un. La seconde a été publiée à Paris en 1739, et réimprimée en 1756 en deux volumes in-folio reliés en un, édition plus complète que la précédente et typographiquement supérieure. Cette seconde édition contient la reproduction *avec gravures* des anciens usages d'Artois, d'après un manuscrit de la bibliothèque du roi.

L'une et l'autre édition renfermaient une précieuse carte topographique du ressort du conseil provincial. Mais, par suite de l'habitude qu'avaient les hommes de robe de détacher cette carte afin de l'appliquer dans leur cabinet, où elle était plus commodément consultée, les cartes, et surtout les exemplaires avec cartes, sont devenus difficiles à trouver.

Brunel, avocat au parlement. *Observations notables*. Un volume in-4, imprimé à Saint-Omer en 1524.

Brunel (le même). *Projets proposés pour la réforme des coutumes d'Artois*. Un volume in-12, imprimé à Douai en 1735.

Severt et Boucher de la Richarderie. *Analyse de la coutume générale d'Artois*, avec les dérogations des coutumes locales. Un petit in-12, imprimé à Paris en 1763.

Roussel de Bouret, avocat au parlement. *Traité des coutumes générales d'Artois*, rédigées dans un ordre didactique et méthodique. Deux volumes in-12, imprimés à Paris en 1771.

III.

ŒUVRES MANUSCRITES.

Desmazures [1], procureur général près le conseil d'Artois. *Traité* contenant : « Remarques et observations, tant sur la cou-

[1] Desmazures a été nommé procureur général près le conseil d'Artois le 20 août 1637, installé le 1er octobre 1637, il est décédé le 17 septembre 1638.

« tume générale de l'Artois, et pratique y observée, que sur « d'autres de ces Pays-Bas, confirmées par plusieurs arrêts des « Cours souveraines, sentences des juges provinciaux, décisions « de droit, comme autrement. » Copié en trois ou cinq volumes in-folio.

Cité par Maillart en la préface de sa première édition, par Brunel en la préface de ses *Observations notables*, ce travail est plus considérable que celui de Maillart, et l'on ne conçoit pas comment une œuvre aussi importante n'a jamais été imprimée.

Maillard dit que Desmazures est divisé en *quatre livres;* cela est vrai, en ce sens que la plupart des copies ne contiennent que les quatre livres principaux qui composent à proprement parler le corps du livre de Desmazures. Certaines copies cependant ont trois livres de plus. L'œuvre de Desmazures, au grand complet, est donc composée de *sept livres*, que voici :

Livre I. « Observations tant sur les coutumes générales du « pays d'Artois et pratique y observée que d'autres provinces « de ces Pays-Bas. »

Livre II. « Des biens, des juridictions, droits seigneuriaux et « contrats. »

Livre III. « Touchant la matière des contrats et leurs qua- « lités. »

Livre IV. « Concernant les successions et matières testamen- « taires. »

Livre V. « Sur les actions personnelles, réelles, mixtes, ordre « judiciaire comme autrement. »

Livre VI. « Relativement aux informations, arrestations, dé- « nonciations et emprisonnements en matière criminelle. »

Livre VII. « Pour les ressorts des bailliages, chastellenies, « échevinages et autres du pays et comté d'Artois, avec aucunes « remarques particulières tant des éveschés, abbayes et prevostée « du comté d'Artois, comme autrement. »

Hébert [1], conseiller au conseil d'Artois. *Remarques en forme de commentaire sur plusieurs objets de la coutume.* Un volume

[1] Hébert est devenu conseiller au Conseil d'Artois, en exécution de l'édit de juin 1687, portant création d'une seconde Chambre. Il est décédé le 29 décembre 1706.

in-folio. Cet ouvrage, tout à fait pratique, est infiniment plus répandu que celui de Desmazures. A quelques copies se trouvent jointes des annotations, observations et décisions jurisprudenielles du conseil d'Artois.

Mabille [1], président du conseil d'Artois. *Répertoire alphabétique de jurisprudence du conseil d'Artois.* Deux volumes petit in-folio.

De Vienne [2], avocat au conseil d'Artois. *Refonte mise en ordre et augmentation du journal de Mabille sur la jurisprudence du conseil d'Artois*. Quatre volumes petit in-folio, 1784.

Ces deux dernières œuvres sont excessivement rares; à peine en reste-t-il quelques exemplaires.

Indépendamment de ces commentaires, il en existait d'autres, notamment ceux de Pranger, Rouget, Provost, etc. Mais jusqu'à présent il ne nous a pas été donné de les rencontrer; ils ont disparu sans doute.

Tempus edax, edacior homo!

C. LEGENTIL,
Avocat et juge suppléant près le tribunal civil d'Arras, membre correspondant de l'Académie de législation de Toulouse.

[1] Mabille a été nommé conseiller au conseil d'Artois le 6 mai 1746, puis second président le 23 mars 1759. Il est décédé le 18 décembre 1770.

[2] De Vienne est mort il y a dix ans.

BIBLIOGRAPHIE.

De la Procédure civile des Romains et de son importance pour l'enseignement du droit, à l'occasion de l'ouvrage de M. Keller : *Der Romische civil process und die Actionen*. Leipzig, in-12 : 1re édit. 1852; 2e édit. 1855.

On ne peut s'intéresser à l'étude du droit romain sans remarquer avec regret que, parmi le grand nombre de personnes que leur position obligerait à se familiariser avec cette science, il y en a bien peu dont les connaissances soient étendues et moins encore dont les notions soient exactes. Ceci s'applique à tous les pays où le droit romain s'enseigne. Même en Allemagne, il est traité trop légèrement par la plupart de ceux qui sont forcés de s'en occuper. On excuse cette légèreté par l'inutilité d'un pareil travail ; c'est une raison qui n'aurait pas besoin d'être réfutée, quand même elle serait véritable. Mais la raison qui fait abandonner le droit romain, ce n'est pas l'inutilité vraie ou supposée de cette étude, c'est sa difficulté et un manque d'intérêt plus apparent que réel. Dans mon séjour récent à l'Université, j'ai vu que la plupart des jeunes gens ne renoncent au droit romain qu'après quelques efforts honorables mais infructueux pour s'intéresser à ce qu'on leur enseigne. Ce phénomène m'a frappé à Berlin comme à Heidelberg, à Leyde comme à Paris ; et je crois qu'il s'explique par cette juste observation de Puchta (*Institutes*, préface) :

« Ne devrions-nous pas, après trois cents ans, nous servir enfin des « avantages que nous offre l'invention de l'imprimerie ? — car, quelque « étrange que soit l'aveu, on ne niera pas que l'influence de cette invention « sur notre enseignement ne soit à peu près nulle. »

L'enseignement du droit a en effet presque échappé au mouvement général des esprits; et si dans nos promotions au doctorat nous suivons encore le rituel du douzième siècle, nos méthodes d'enseignement ne sont guère moins surannées. Dans plusieurs pays, en France surtout, on commence les études par l'explication des *Institutes* de Justinien, c'est-à-dire par un ouvrage rempli d'erreurs et qui résume une législation incohérente, contradictoire, impossible. En Allemagne, on dirait que la chaire est encore, comme au moyen âge, l'unique voie de communication entre le professeur et le monde scientifique; et les savants remplissent leurs leçons de violentes controverses que l'étudiant écoute sans y rien comprendre.

Une révolution commencée au seizième siècle, et surtout bien rapide depuis 1789, tend à remplacer la méthode dogmatique du moyen âge par la méthode analytique, comparative, historique. Cette révolution n'est pas restée sans influence sur les recherches de droit; mais sur l'enseignement, son influence est presque nulle. Déjà fortement modifié par les tendances essentiellement dogmatiques de l'Allemagne, où il prit naissance, le mouvement historique est resté dans les livres sans passer dans l'enseignement. Et tout ce qui attache, dans notre temps, les sympathies des esprits jeunes et expansifs aux études scientifiques manque à l'enseignement du droit. On sent dans les leçons et dans les livres consacrés à l'enseignement, que l'esprit qui y règne n'appartient pas à notre époque. Ce sentiment, qui s'empare de tous les étudiants, les éloigne du droit romain; on les voit s'occuper de littérature, de poésie, de sciences naturelles, de musique, de toutes les choses animées de cette vie dont ils vivent. Ce résultat est si connu, si général, si évidemment excusable, que les personnes chargées des examens l'acceptent toujours, et que les connaissances les plus médiocres suffisent pour obtenir tous les grades et toutes les dignités. L'étudiant en droit jouit ainsi, dans toute l'Europe, du singulier privilége de pouvoir étudier sans rien faire.

Personne ne m'accusera d'outrer la vérité, personne ne niera que l'état de choses que je signale ne soit fâcheux; on admettra donc qu'il est utile de chercher un remède, si remède il y a. Pour donner au droit romain le rang qui lui est dû dans l'esprit de notre génération, nous devons tâcher de le mettre parmi les sciences vers lesquelles les intelligences se dirigent de notre temps.

Toute dédaignée qu'elle soit, l'étude du droit romain abonde cependant en éléments qui devraient la rendre chère à une époque comme la nôtre, et toutes les facultés de l'esprit et de l'imagination y trouvent un champ magnifique. Mais nos méthodes d'enseignement, même nos méthodes de recherches semblent inventées plutôt pour cacher que pour montrer la richesse de notre science et l'intérêt qu'elle peut offrir. On en réserve les trésors à un petit cercle d'élus. Ce résultat tient, non pas à un mauvais vouloir, mais à une certaine force d'inertie dont on ne s'affranchit que par de grands efforts. On a senti le mal et on a tenté de le corriger; mais dans toutes les méthodes qu'on a adoptées, on est toujours resté fidèle au défaut essentiel de laisser l'enseignement purement dogmatique, en dépit des tendances du siècle.

Si le droit public n'était pas considéré comme une simple introduction au droit civil, rien ne serait plus aisé que de l'enseigner d'une manière intéressante. D'excellents et attrayants ouvrages que nous possédons : tels que la *Grandeur et Décadence*, de Montesquieu, l'*Essai sur les lois criminelles*, de M. Laboulaye, et surtout l'*Histoire romaine*, de Th. Mommsein, indiquent assez le chemin à suivre. Mais cette étude n'étant qu'accessoire, la sécheresse de nos professeurs en ce point devient presque un mérite. Le droit public n'absorbe déjà que trop l'attention des élèves. C'est pour le droit civil que le problème reste à résoudre : il est, nous croyons, résolu par l'ouvrage de M. Keller.

« En rattachant la procédure au droit civil romain, dit cet auteur dans « sa préface, on ouvre à l'étude une nouvelle carrière : on présente ce « droit à l'imagination sous des formes dramatiques. Cette nouvelle mé- « thode vaut toutes les abstractions dont nous nous servons habituelle- « ment, et mérite toute notre attention. Car l'imagination saisit plus facile- « ment que l'esprit, et elle est commune à tous. Comme le droit vivant ne « devient populaire que par ses éléments dramatiques, les élèves saisiront « plus facilement les premiers principes du droit romain, si on les présente « à leur imagination au lieu de les présenter à leur esprit. »

La méthode ainsi indiquée résout complétement le problème que nous avons posé. Malgré l'habitude enracinée chez les étudiants de droit, de s'occuper d'autre chose plutôt que de leurs études, les cours de M. Keller commencent à former un noyau de jeunes esprits qui sentent l'intérêt vivant et actuel du droit romain. Pour en trouver la preuve, il suffit d'ouvrir la nouvelle édition du petit volume que nous recommandons. Treize ouvrages sur la procédure civile romaine ont paru de 1852 à 1855; la plupart sont des débuts et se rattachent presque tous aux leçons de M. Keller.

Là même ne se borne pas l'influence de ce cours. Nous connaissons nombre d'autres jeunes gens qui ont publié ou qui préparent des ouvrages dans lesquels l'influence des leçons de M. Keller se dessine moins clairement, et qui cependant en sont le produit indirect; d'autres jeunes gens encore qui vont porter dans la pratique des connaissances profondes et étendues, et qui tous s'honorent du nom d'élèves de M. Keller.

Mais l'ouvrage ne contient malheureusement pas la méthode tout entière. Il y a dans ce livre une recherche de brièveté et de concision qui, poussée trop loin, devient un défaut. Et faute d'ajouter quelques pages pour montrer aux professeurs la manière de se servir de son ouvrage, M. Keller lui a ôté une partie de son utilité. Ce traité, en effet, n'est pas destiné à suffire seul aux

élèves ; les indications sont si brèves, qu'il faut un esprit exercé et des connaissances assez fortes pour en saisir la valeur. C'est au professeur à développer ces idées comprimées avec un art infini dans le volume le plus mince. Cette méthode d'écrire, assez semblable à celle des célèbres *Pandectes* de Puchta, et couronnée également par un succès à la fois littéraire et commercial, est-elle réellement recommandable ? Elle convient plutôt à un ouvrage destiné surtout à l'Allemagne, comme les *Pandectes*, qu'à un travail qui appartient au monde scientifique tout entier. Et n'eût-il même écrit que pour l'Allemagne, M. Keller aurait bien fait de mettre dans l'ouvrage beaucoup de choses qu'il réserve pour ses cours ; surtout ce qu'il promet dans la préface, et ce qui manque trop dans le livre : les rapprochements entre la procédure et le droit.

Nous savons cependant que, malgré ce grave défaut, l'ouvrage de notre maître a complétement atteint son but dans plusieurs universités allemandes, notamment à Tubingue et à Heidelberg. C'est par ce livre que les cours spéciaux de procédure civile romaine, auxquels personne ne songeait auparavant, sont devenus faciles et habituels, et de véritables moyens de popularité pour les jeunes *Privat docenten*. Dans ces cours, le but principal de l'auteur, de faire connaître le droit romain par la procédure, en lui donnant ainsi l'animation et l'actualité qui convient à notre temps, ce but a été souvent atteint. C'est surtout sur les succès obtenus à Tubingue, que des renseignements véridiques et impartiaux m'ont frappé d'étonnement.

Quoique le livre de M. Keller soit ainsi moins utile pour les autres universités allemandes que pour Berlin, et moins pour l'étranger que pour les universités allemandes, son utilité, même pour la France, reste cependant très-grande sous plus d'un rapport.

Il n'est d'abord nullement impossible de s'en servir comme l'auteur veut qu'on s'en serve : de manuel pour des leçons publiques. On peut s'instruire sur la méthode d'enseignement de l'auteur, en se procurant (ce qui n'est pas difficile) quelque copie manuscrite de ses cours. Si l'on suivait cette méthode, on devrait cependant, surtout pour la France, y introduire un changement. M. Keller réunit dans des *privatissima* ceux de ses élèves qui veulent y prendre part, et il leur fait expliquer les textes de droit romain, en rétablissant la forme dramatique qu'ils avaient d'abord ; il fait reconstruire la formule tout entière des procès qui nous sont conservés, il montre ce qui y appartient au préteur, au plaignant et au défendeur.

Mais, conduit par la subtilité de son esprit à la recherche du difficile, il explique surtout des textes obscurs. Pour exercer les élèves et pour leur donner de la confiance, les textes les plus faciles nous paraissent, au contraire, préférables. De pareils cours pourraient très-bien se faire en France. Nous ne doutons pas que si l'étude du droit n'était pas si *ennuyeuse*, plus d'un élève la prendrait au sérieux et se procurerait ainsi un moyen sûr et honorable de parvenir, chose assez recherchée en France, au lieu de rester toute sa vie dans l'ignorance des choses mêmes qui forment son occupation journalière. Ces cours pourraient ainsi devenir des moyens de popularité en France comme en Allemagne.

Le livre de M. Keller pourrait aussi servir de base à un travail français sur la procédure civile des Romains. Les traductions de Walter et de Zimmern que nous possédons ne reproduisent que les premiers pas d'une branche de la science qui, dans ces dernières années, a été développée plus que les autres; elles ne peuvent donc plus suffire aux études actuelles. L'ouvrage de Zimmern n'est qu'une excellente collection de matériaux; l'auteur n'avait pas toujours des vues exactes, et il est souvent obscur.

Une *traduction* du livre de M. Keller ne serait pas non plus ce qu'il faudrait aux études françaises. L'enseignement universitaire ne prend pas en France la place immense qu'il occupe en Allemagne, et en reproduisant des ouvrages qui le supposent comme complément, il faut considérablement ajouter. C'est donc, si M. Keller le permettait, de ses leçons publiques qu'il faudrait se servir pour élargir le cadre du livre; on aurait à puiser largement dans les notes pour compléter le texte, on aurait surtout à ajouter beaucoup de *formulæ* d'après les nombreux travaux allemands épars dans les cours d'*institutiones* (dans celui de M. Keller, par exemple), dans les revues de droit, dans les livres, travaux qu'il ne serait pas toujours aisé de réunir.

L'ouvrage de M. Keller peut enfin rendre de grands services aux savants. Tous les ouvrages antérieurs, sans exclure Puchta, sont à peine lisibles, et laissent, comme M. Keller le dit très-bien, « une certaine impression de quelque chose d'antédiluvien. » Le changement est plus profond qu'on ne croit. L'étude des parties les plus importantes du droit romain, du droit prétorien tout entier, par exemple, ne peut donner de bons résultats que par la connaissance intime de la procédure. C'est de la procédure seule que le préteur pouvait se servir pour ses réformes, et, si l'on ne se rend pas compte des procédés qu'il employait, comment veut-on en comprendre les résultats? J'ose dire

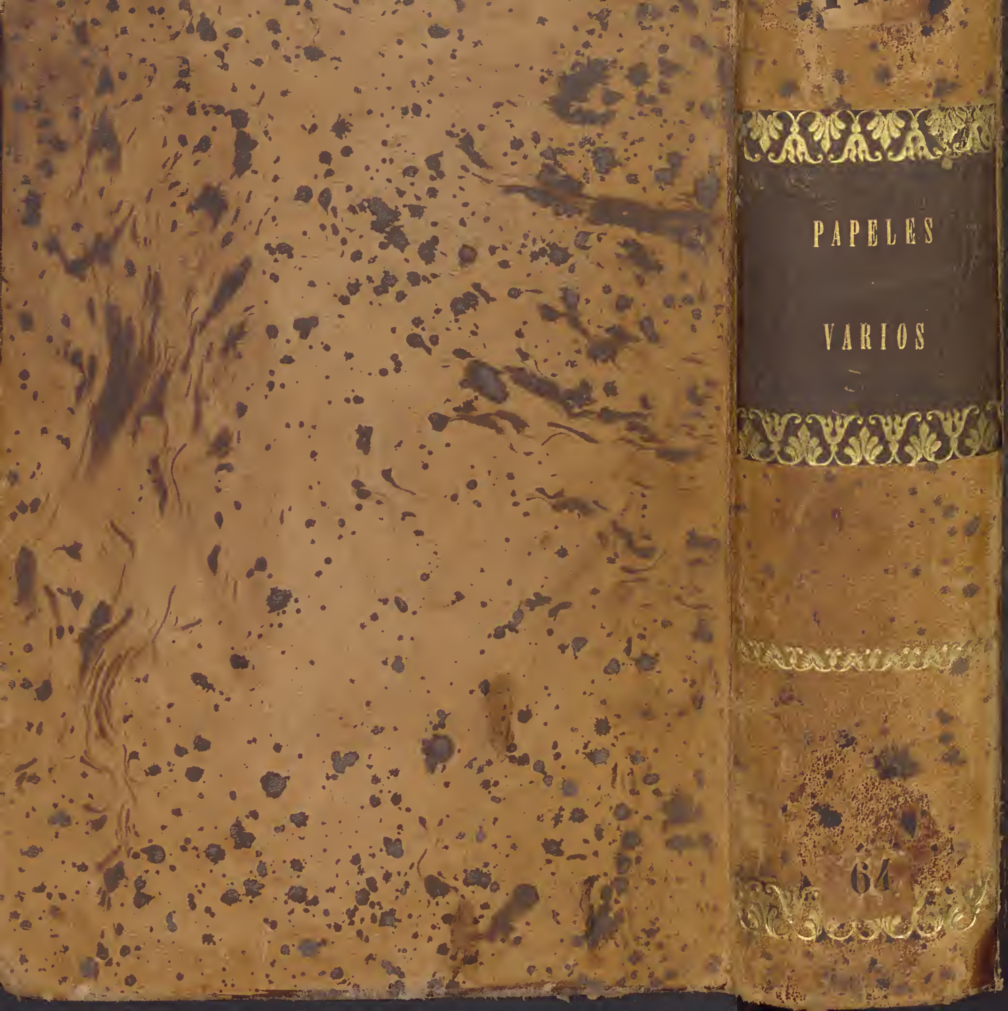
plus : les recherches basées sur la procédure doivent changer la face des plus importantes questions. La célèbre maxime : *Possessio facti potius quam juris est* y trouvera une complète signification, et nous saurons enfin ce qu'était la *bonorum possessio.*

On ne nous demandera pas d'ajouter à ces remarques une critique de l'ouvrage de M. Keller. Elève dévoué de l'auteur, nous croyons qu'il serait peu convenable de nous poser comme un de ses juges. Nous croyons cependant que, malgré les grands progrès qu'il a fait faire à la science historique, il reste encore beaucoup à tenter. C'est surtout l'histoire de la première époque et la manière dont la deuxième s'y rattache qui ne nous paraissent pas assez solidement établies. Peut-être M. Keller aurait-il dû tenir plus de compte du célèbre passage de Gaïus : *Unde eum qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII Tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.* Nous reviendrons quelque jour sur cette observation.

La seconde édition (410 pp.-1855) diffère en plus d'un point de la première (414 pp.-1852). L'auteur y a tenu compte de la littérature récente. Il maintient souvent ses opinions antérieures contre la critique ; quelquefois il les abandonne avec une modestie qui l'honore. Le texte est soigneusement revu, et surtout épuré de tout mot superflu ; mais la concision est poussée un peu loin. Pour gagner de la place sans augmenter le volume, l'auteur a eu la malheureuse idée de réduire les abréviations. Il avait déjà, dans cette intention, adopté l'ancien mode de citation, par exemple : *De Rer. Sig.* au lieu de *De Rerum Significatione* (D. L. 16). A présent il cite *D. R. S.* — M. Keller devrait cependant savoir que les étudiants allemands eux-mêmes désirent qu'on leur rende l'étude facile, et que surtout on ne leur donne pas du travail très-peu nécessaire pour épargner quelques pages d'impression. Parmi les autres changements s'en trouve un dont la valeur nous paraît douteuse : ce sont des conclusions basées sur les tables de Malaga, dont l'authenticité est contestée.

Quoi qu'il en soit de ces légères critiques, nous souhaitons un bon succès à cette seconde édition du chef-d'œuvre de notre maître, et nous sommes sûr que les savants français le liront avec intérêt et profit.

G. M. Asher,
Docteur en droit.


PAPELES
VARIOS
64